

**Sygn. akt: KIO 2131/18**

**WYROK**

z dnia 9 listopada 2018 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Członkowie:** Anna Wojciechowska

Katarzyna Brzeska

**Protokolant:** Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 30 października 2018 r. i 7 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2018 r. **przez odwołującego:** PORR S.A. ul. Hołubcowa 123; 02-854 Warszawa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym **przez zamawiającego** Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawa Pl. Starynkiewicza 5; 02-015 Warszawa

**przy udziale przystępującego:** M. Sp. z o.o. ul. Płocka 164; 87- 800 Włocławek **po stronie odwołującego**

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu do postanowienia 5.1. Ogólne zobowiązania projektowe klauzuli 5. Projektowanie Część II.3. Warunki Szczególne Kontraktu, Załącznika do SIWZ p.n. Kontrakt co do obowiązku zgłoszenia wszelkich błędów, wad i nieprawidłowości w wymaganiach zamawiającego w terminie 14 dni pod rygorem przejścia odpowiedzialności za prawidłowość dokumentacji oraz obowiązkiem poprawienia wymagań zamawiającego (PFU) na koszt wykonawcy a także obowiązkiem poniesienia kosztów poprawienia robót stosownie do dokonanych zmian wymagań zamawiającego, nakazując zamawiającemu zmianę terminu 14 dni na termin odpowiadający okresowi opracowywania dokumentacji projektowej. W pozostałym zakresie nie uwzględnić zarzutów odwołania.

2. W zakresie zarzutu różnych poza cenowych kryteriów oceny ofert, to jest wskazanie w ogłoszeniu jako punktowanego doświadczenia eksperta nr 2 i eksperta nr 4 a w instrukcji dla wykonawców punktowanego doświadczenia eksperta nr 2 i eksperta nr 6, w związku z uwzględnieniem zarzutu przez zamawiającego oraz w zakresie obowiązku wskazania w Wykazie cen pozostałych kosztów zgodnie z SIWZ nieujętych w pozostałych pozycjach w podziale na pozycje kosztowe w związku z wycofaniem zarzutu przez odwołującego, postępowanie odwoławcze umarza.
  
3. kosztami postępowania obciąża Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawa Pl. Starynkiewicza 5; 02-015 Warszawa
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez PORR S.A. ul. Hołubcowa 123; 02-854 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawa Pl. Starynkiewicza 5; 02-015 Warszawa kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz PORR S.A. ul. Hołubcowa 123; 02-854 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....

## Uzasadnienie

**Odwołanie** złożył w dniu 15 października 2018r. wykonawca PORR S.A. ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa zwany dalej „odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. Plac Starynkiewicza 5 zwane dalej „zamawiającym”.

Postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zadanie IV.2 Budowa kolektora Wiślanego - etap II (numer referencyjny: 01691/WS/PW/JRP-DNP/B/2018).

### **Odwołujący złożył odwołanie wnosząc jak poniżej**

#### **Czynności i zaniechania zamawiającego**

1. Działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2017.1579 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp” odwołujący wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- 1) nieprawidłowe ustalenie poza cenowych kryteriów oceny ofert polegające na wskazaniu w ogłoszeniu o zamówieniu jako punktowanego doświadczenia Eksperta nr 2 i Eksperta nr 4, natomiast w Instrukcji dla wykonawców („IDW”) wskazanie doświadczenia Eksperta nr 2 i Eksperta nr 6 jako punktowanego doświadczenia;
- 2) ustalenie terminu składania i otwarcia ofert, który uniemożliwia wykonawcom sprawdzenie i zapoznanie się z dokumentami i informacjami koniecznymi do rzetelnego i prawidłowego przygotowania oferty i skalkulowania jej ceny oraz niezbędnymi do realizacji zamówienia;
- 3) dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”), w tym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym („PFU”) i w projekcie umowy, w sposób naruszający zasady przejrzystości oraz uczciwej konkurencji obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
- 4) ukształtowanie postanowień projektu umowy w sposób nie dający wykonawcom pewności co do treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego z Zamawiającym, w szczególności zakresu robót podlegających wykonaniu w trakcie realizacji zamówienia;

5) ukształtowanie postanowień projektu umowy z przekroczeniem granic swobody umów oraz dopuszczalnych zasad rozłożenia ryzyka kontraktowego pomiędzy Stronami, a także w sposób naruszający istotę umowy o roboty budowlane poprzez sprzeczną z prawem modyfikację obowiązków stron;

### **Zarzuty**

#### **Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:**

- art. 11 ust. 7 Pzp i art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015, str. 1) poprzez ustalenie w pkt 11,2.14) ogłoszenia (Informacje dodatkowe) i pkt 13.1. pkt 13.1 ppkt 2 i pkt 13.1 ppkt 3 IDW różnych pozacenowych kryteriów oceny ofert, tj. wskazanie w ogłoszeniu jako punktowanego doświadczenia Eksperta nr 2 i Eksperta nr 4, natomiast w IDW jak punktowanego - doświadczenia Eksperta nr 2 i Eksperta nr 6;
- art. 9a ust. 1 i ust. 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz wbrew zasadzie przejrzystości wskutek wyznaczenia terminu składania i otwarcia ofert, który uniemożliwia rzetelne przygotowanie i skalkulowanie ofert, co utrudnia potencjalnym wykonawcom (w tym Odwołującemu) dostęp do niniejszego zamówienia i ogranicza krąg potencjalnych oferentów;
- art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 i art. 18 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, tj. nałożenie na Wykonawcę obowiązku prawidłowego przygotowania dokumentów wymaganych do uzyskania pozwolenia na budowę mimo zaniechania przedstawienia w ramach SIWZ (a w szczególności Wymaganiach Zamawiającego) wstępnych uzgodnień oraz Projektu zagospodarowania działki lub terenu potwierdzających możliwość podziału inwestycji na etapy w sposób dokonany przez Zamawiającego oraz możliwość uzyskania odrębnych pozwoleń na budowę w odniesieniu do poszczególnych etapów, a w szczególności Etapu II będącego przedmiotem niniejszego postępowania, a także przyznania Zamawiającemu i

Inżynierowi w pkt 3.6 i pkt 4 (Tom I) oraz pkt 7.3.5. (Tom II) PFU możliwości wyłączenia części robót w celu uzyskania odrębnego pozwolenia na budowę lub zgłoszenia robót;

- art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania oraz poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w zakresie odnoszącym się do przedmiotu zamówienia w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego, w zakresie w jakim:

a) obciąża Wykonawcę w sub. 4.12 i 4.24 WSK odpowiedzialnością oraz kosztami (Kosztami) usunięcia ujawnionych w trakcie realizacji nieprzewidywalnych warunków fizycznych oraz wykopalisk, przedmiotów o wartości historycznej oraz innych przedmiotów interesujących z punktu widzenia geologicznego lub archeologicznego;

b) nakłada na Wykonawcę w sub. 4.27 WSK obowiązek poniesienia kosztów usunięcia szkód powstałych wskutek ujawnienia się niezidentyfikowanych instalacji oraz kosztami wykonania niemożliwego do określenia na etapie opracowywania oferty zakresu prac, które mogą zostać nakazane przez Inżyniera w związku z ujawnieniem się tych kolizji;

c) nakłada na Wykonawcę w sub. 5.1 akapit trzeci WSK obowiązek zgłoszenia wszelkich błędów, wad i nieprawidłowości w Wymaganiach Zamawiającego w terminie 14 dni pod rygorem przejścia odpowiedzialności za prawidłowość ww. dokumentacji oraz obowiązkiem poprawienia Wymagań Zamawiającego (PFU) na koszt Wykonawcy, a także obowiązkiem poniesienia kosztów poprawienia robót stosowanie do dokonanych zmian

Wymagań Zamawiającego;

d) wyłączył w sub. 13.8 WSK możliwość waloryzacji umownej wynagrodzenia Wykonawcy;

e) nakłada na Wykonawcę w pkt 2.6 (Tom I) PFU (Roboty tymczasowe) obowiązek uwzględnienia w Cenie Ofertowej wykonania rozwiązań tymczasowych, które będą niezbędne do funkcjonowania burzowców do czasu wykonania całej inwestycji;

f) nakłada na Wykonawcę w pkt 3.5 (Tom I) oraz pkt 4.11 PFU (Tom II) obowiązek ujęcia w ramach Ceny Ofertowej kolizji niezidentyfikowanych w PFU;

- g) przenosi na Wykonawcę w pkt 3.7 PFU (Tom I) odpowiedzialność za niemożliwe do zidentyfikowania na etapie opracowywania oferty warunki podpowierzchniowe oraz warunki hydrologiczne oraz nakazuje ujęcie w Cenie Ofertowej możliwych odstępstw od ww. warunków określonych w PFU;
  - h) nakłada na Wykonawcę w pkt 3.7 PFU (Tom I) obowiązek zapoznania się z aktualnymi danymi dotyczącymi inwestycji prowadzonych i planowanych w rejonie budowy kolektora Wiślanego;
  - i) nakłada na Wykonawcę w pkt 3.7 PFU (Tom I) obowiązek zapoznania się z aktualnymi danymi dotyczącymi przepływów charakterystycznych;
  - j) nakłada na Wykonawcę w pkt 3.7 PFU (Tom I) obowiązek zapoznania się z uwarunkowaniami wynikającymi z realizacji inwestycji w terenie miejskim;
  - k) nakłada na Wykonawcę w poz. 3.17 Części II.7 Wykazu cen obowiązek wskazania pozostałych kosztów zgodnie z SIWZ nieujętych w pozostałych pozycjach w podziale na pozycje kosztowe;
- §15 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2.09.2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (tj.2013.1129) poprzez zaniechanie sporządzenia PFU w sposób umożliwiający Ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowanie oferty;
  - art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz niezgodny z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

### **3. Żądania. Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosi o:**

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian SIWZ:
  - pkt 11.2.14) ogłoszenia oraz pkt 13.1, pkt 13.1 ppkt 2 i pkt 13.1 ppkt 3 IDW - ustalenie jednoznacznych kryteriów oceny ofert poprzez wskazanie doświadczenie, jakich osób (Ekspert nr 2, Ekspert nr 4 czy Ekspert nr 6) będzie punktowane w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert;

- pkt IV.2.2 i pkt IV.2.7 ogłoszenia oraz pkt 11.1 i pkt 11.3 IDW - zmianę terminu składnia i otwarcia ofert na dzień 22 stycznia 2019r.;
- sub. 4.12 WSK (Nieprzewidywalne warunki fizyczne) - przywrócenie oryginalnego brzmienia klauzuli;
- sub. 4.24 WSK (Wykopaliska) - przywrócenie oryginalnego brzmienia klauzuli;
- sub. 4.27 WSK (Istniejące instalacje) - zastąpienie dotychczasowego zapisu w brzmieniu „Wykonawca niezwłocznie naprawi wszelkie powstałe uszkodzenia na własny koszt, a także, jeśli to konieczne, przeprowadzi inne prace nakazane przez Inżyniera” na zapis w brzmieniu „Wykonawca na własny koszt niezwłocznie naprawi wszelkie uszkodzenia powstałe w instalacjach wskazanych w Wymaganiach Zamawiającego. ”;
- sub. 5.1 akapit trzeci WSK (Ogólne zobowiązania projektowe) - modyfikację terminu zgłaszania wad i nieprawidłowości PHU poprzez oznaczenie go co najmniej jako okresu odpowiadającego okresowi opracowywania dokumentacji projektowej oraz skreślenie części zapisu rozpoczynającego się od słów: „W przypadku nie zgłoszenia
- sub. 13.8 WSK (Korekty wynikające ze zmian kosztu) - przywrócenie oryginalnego brzmienia klauzuli lub zobowiązanie Zamawiającego do określenia zasad waloryzacji umownej uwzględniającej wzrosty i spadki robocizny, materiałów oraz innych nakładów na Roboty;
- pkt 2.6 (Tom I) PFU (Roboty tymczasowe) - nakazanie skreślenia zapisu w brzmieniu „Wykonawca w Cenie Ofertowej musi uwzględnić wykonanie rozwiązań tymczasowych, które będą niezbędne do funkcjonowania burzowców do czasu wykonania całej inwestycji”;
- pkt 3.5 (Tom I) oraz pkt 4.11 PFU (Tom II) - wskazanie, iż w ramach Ceny Ofertowej wykonawca jest zobowiązany uwzględnić jedynie kolizje zidentyfikowane w PFU i nadanie mu następującego brzmienia: „Wykonawca w ramach Ceny Ofertowej uwzględni usunięcie kolizji w lokalizacjach wskazanych w PFU. W przypadku wystąpienia kolizji w innych lokalizacjach, terminy realizacji i wynagrodzenie Wykonawcy zostaną odpowiednio zmodyfikowane”;
- pkt 3.7 PFU (Tom I) - wskazania, iż w ramach Ceny Ofertowej i terminu realizacji wykonawca jest zobowiązany uwzględnić jedynie warunki podpowierzchniowe oraz warunki hydrologiczne zidentyfikowane w PFU i nadanie mu następującego brzmienia: „Wykonawca w ramach Ceny Ofertowej i terminu realizacji uwzględni warunki podpowierzchniowe oraz warunki hydrologiczne wskazane w treści PFU. W przypadku

wystąpienia odmiennych warunków podpowierzchniowych oraz/lub warunków hydrologicznych, terminy realizacji i wynagrodzenie Wykonawcy zostaną odpowiednio zmodyfikowane.”;

- pkt 3.7 PFU (Tom I) - nakazanie uzupełnienia PFU o aktualne dane dotyczące inwestycji prowadzonych i planowanych w rejonie budowy kolektora Wiślanego oraz aktualne dane dotyczące przepływów charakterystycznych, a także dodanie zapisu w następującym brzmieniu: „Wykonawca w ramach Ceny Ofertowej i terminu realizacji uwzględni dane dotyczące inwestycji prowadzonych i planowanych w rejonie budowy kolektora Wiślanego oraz dane dotyczące przepływów charakterystycznych wskazane w treści PFU. W przypadku zmiany ww. danych w trakcie realizacji inwestycji, terminy realizacji i wynagrodzenie

Wykonawcy zostaną odpowiednio zmodyfikowane.”;

- pkt 3.7 PFU (Tom i) - nakazanie skreślenia zapisu w brzmieniu „nie będzie wykorzystywać błędów lub opuszczeń w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”;
- pkt 3.6 i pkt 4 (Tom IV oraz pkt 7.3.5. (Tom II) PFU - (i) nakazanie Zamawiającemu przedstawienia Projektu zagospodarowania działki lub terenu dla całej inwestycji (zamierzenia budowlanego) oraz wstępnych uzgodnień potwierdzających prawidłowość etapowania inwestycji dokonaną przez Zamawiającego, a także potwierdzających możliwość uzyskania odrębnego pozwolenia na budowę dla Etapu II oraz (ii) wprowadzenie zapisów, które określałyby zasady postępowania Wykonawcy i Zamawiającego w sytuacji wystąpienia konieczności zmiany zakresu robót projektowych i wykonawczych, w razie konieczności wyłączenia części robót do odrębnego wniosku o Pozwolenie na Budowę lub do Zgłoszenia robót albo odmowy wydania przez właściwy organ odrębnego pozwolenia dla Etapu II z uwagi na nieprawidłowy podział inwestycji na etapy przez Zamawiającego;
- poz. 3.17 Części II.7 Wykazu cen - skreślenie;
- nakazanie Zamawiającemu doprowadzenie do spójności postanowień SIWZ w zakresie odnoszącym się do zmian nakazanych przez Krajową Izbę Odwoławczą w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania;

3) zwrotu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przewidzianych przepisami prawa, w tym kosztów wpisu od odwołania.



4. **Ogłoszenie.** Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5.10.2018r. (nr publikacji: 2018/S 192-434934).

5. Termin wniesienia odwołania. Szacunkowa wartość niniejszego zamówienia jest większa od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

**Dnia 5.10.2018r. zostało** opublikowane ogłoszenie o niniejszym zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz Zamawiający umieścił na swojej stronie internetowej SIWZ. Termin na wniesienia odwołania wynosi 10 dni i upływa dnia 15.10.2018r.

W związku z tym Odwołujący zachował termin do wniesienia niniejszego odwołania.

## 2. **Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania.**

1. Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą działającym na rynku budownictwa inżynieryjnego i potencjalnym wykonawcą niniejszego zamówienia. W przypadku zatem złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym i jakościowym oferty ma realną możliwość uzyskania niniejszego zamówienia publicznego.

Jednak wskutek działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Nie jest bowiem możliwe prawidłowe skalkulowanie ceny oferty i złożenie porównywalnych ofert na podstawie SIWZ opracowanej przez Zamawiającego.

2. Postanowienia SIWZ (w szczególności zapisy PHU i przyszłej umowy) zostały sformułowane w sposób sprzeczny z prawem, tj. przepisami Pzp oraz kodeksu cywilnego, a także zasadami przejrzystości i uczciwej konkurencji obowiązującymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co utrudnia Wykonawcy przygotowanie prawidłowej oferty z uwagi na brak możliwości prawidłowego oszacowania ryzyk oraz ustalenia zakresu robót objętych zamówieniem oraz stwarza realne zagrożenie zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia w przypadku wygrania niniejszego postępowania.

3. Zakres robót objętych przedmiotem zamówienia oraz obowiązki Wykonawcy zostały bowiem określone nieprecyzyjnie, z naruszeniem ekwiwalentności świadczeń i istoty umowy o roboty budowlane oraz z przekroczeniem ryzyk mieszczących się w granicach wynagrodzenia ryczałtowego. Zaskarżone zapisy SIWZ przenoszą na Wykonawcę większość ryzyk realizacji Inwestycji, pomijając okoliczność, że niniejsze zamówienie będzie realizowane w systemie „Projektuj i Buduj”.

4. „Środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjmując należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o

udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz” (wyrok KIO z dnia 04.10.2010 r., KIO 2036/10).

5. Odwołujący wnosząc niniejsze odwołanie czyni zatem zadość wymogowi zachowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 1 k.c. również w odniesieniu do zamówień publicznych (wyrok SN z dnia 5.06.2014r.; IV CSK 626/13).

## **Uzasadnienie**

### **1. Stan faktyczny.**

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zadanie IV.2 Budowa kolektora Wiślanego - etap II)” (numer referencyjny: 01691/WS/PW/JRP-DNP/B/2018).
2. Budowa kolektora Wiślanego jest jednym z zadań realizowanych w ramach Projektu „Zaopatrzenie w wodę i oczyszczanie ścieków - Faza VI”, w ramach działania IV „System zarządzania siecią ogólnospławną - budowa centralnego sterowania wraz z budową kolektorów”.

3. Realizacja inwestycji podzielona jest na trzy etapy obejmujące odcinki:

a) od przepompowni Powiśle do burzowca Wenedów (bez komory) o długości około 2 km i średnicy DN800-DN1200 - ETAP I;

b) od komory połączeniowej z burzowcem Wenedów do komory połączeniowej z kolektorem Bielańskim (z komorami) o długości ok. 5,5 km i średnicy PN 3.20 m - ETAP II (będący przedmiotem niniejszego PFU); - odcinek objęty niniejszym postępowaniem przetargowym:

Terminy powinny być zatem ustalane indywidualnie, w zależności od rodzaju udzielanego zamówienia, oraz powinny uwzględniać przy szacowaniu ich długości daty kalendarzowe, np. okresy świąt państwowych, które faktycznie ograniczą czas przeznaczony na przygotowanie oferty. Ustalenie właściwego terminu składania ofert zwiększa szanse zamawiającego na osiągnięcie większej konkurencyjności ofert” (Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., Prawo zamówień publicznych, Komentarz aktualizowany, Lex).

„Wykonawca powinien mieć czas na dokładne zapoznanie się z wszystkimi wymaganiami zamawiającego, sprawdzenie, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu, przygotowanie do złożenia wymaganych dokumentów, ale też czas na nawiązanie relacji z potencjalnymi konsorcjantami, podwykonawcami czy dostawcami. Nierealne jest bowiem oczekiwanie, że w każdym przypadku wykonawca będzie mógł bez odpowiedniego przygotowania złożyć ofertę” (Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Prawo zamówień publicznych, Komentarz, wyd. VII, 2018).

Ogłoszenie dotyczące niniejszego zamówienia zostało opublikowane dnia 5.10.2018r. Natomiast termin składania ofert wyznaczono na dzień 12.11.2018r. Z uwagi na stopień skomplikowania przedmiotu niniejszego zamówienia oraz fakt, że inwestycja będzie realizowana w systemie wynagrodzenia ryczałtowego oraz co jest bardzo istotne w formule „Projektuj i Buduj”, ustalony termin składania i otwarcia ofert jest zbyt krótki.

- uzasadnienie zarzutów sub. 4.12 i sub. 4.24 WSK:

Zamawiający w sub., 4,12 (Nieprzewidywalne warunki fizyczne) i 4.24 (Wykopaliska) wyłączył możliwość zgłaszania przez Wykonawcę roszczeń kosztowych w razie zaistnienia w trakcie realizacji ww. zdarzeń.

Dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia i sposób ukształtowania treści przyszłej umowy uniemożliwia wykonawcom sporządzenie ważnych i porównywalnych ofert, w tym należyłą wycenę przedmiotu zamówienia.

Opisane ww. klauzulach zdarzenia są zjawiskami nieprzewidywalnymi. Żaden wykonawca przy dołożeniu należytej staranności nie jest w stanie ustalić, czy okoliczności takie zaistnieją podczas realizacji oraz ich skali.

Z uwagi na lokalizację niniejszej inwestycji (od komory połączeniowej z burzowcem Wenedów (przy moście Gdańskim) do komory połączeniowej z kolektorem Bielańskim (z komorami) (w rejonie wiaduktu na Wisłostradzie) o długości ok. 5,5 km i średnicy DN 3,20 m - ETAP II (będący przedmiotem niniejszego PFU), istnieje duże prawdopodobieństwo wystąpienia zarówno nieprzewidywalnych warunków fizycznych, jak i znalezienia obiektów historycznych, które spowodują konieczność wstrzymania prac oraz mogą wymagać zmiany technologii robót. Jednak nawet doświadczony i profesjonalny wykonawca nie jest w stanie określić liczby przestojów, zmiany technologii robót oraz związanych z tym kosztów.

Wystąpienie takich zjawisk w sposób bezpośredni przekłada się natomiast na koszt realizacji inwestycji. Dodatkowe koszty są generowane m.in. wskutek wstrzymania robót z powodu prowadzenia wykopaliisk czy znalezienia innych obiektów podziemnych albo koniecznością zmiany technologii realizacji prac (np. konieczność wykonania części prac ręcznie z uwagi, na wystąpienie obiektów historycznych). Przy czym nie jest możliwe w dacie opracowywania oferty ustalenie wysokości tych kosztów oraz uwzględnienie ich w wynagrodzeniu wykonawcy.

Możliwość znacznego nasilenia ww. zdarzeń w trakcie realizacji niniejszej inwestycji potwierdza treść dokumentacji przetargowej; Zamawiający w ramach dokumentacji przetargowej przekazał bowiem zatwierdzoną Dokumentację geologiczno-inżynierską, która będzie podstawą do przygotowania oferty i wykonania prac projektowych (Załącznik E, Tom IV Część informacyjna PFU).

Jednak z uwagi na lokalizację inwestycji (specyfikę ośrodka gruntowego) dokumentacja geologiczna opracowana przez Zamawiającego z rozstawem sondowań co 50m (141 wierceń, o łącznej długości 1756m) może być niewystarczająca m.in. ze względu na fakt, że w większości wykopów konieczne będzie przejście przez warstwy gruntu stanowiące nasyp niekontrolowany oraz fakt, że antropologiczne pochodzenie gruntu powoduje, że jest to niejednorodny ośrodek o różnych parametrach na długości przebiegu kolektora, wynoszącej dla tego Etapu 5,5 km.

W pkt 4.3.1 PFU sam Zamawiający zwrócił uwagę na bardzo trudne warunki gruntowe (prawie na całej trasie występują grunty nasypowe i występuje wysoki poziom wody gruntowej) oraz wskazał, że w przypadku, gdy załączona do PFU zatwierdzona dokumentacja geologiczno-inżynierska będzie zdaniem Wykonawcy niewystarczająca,

Wykonawca przed rozpoczęciem Robót powinien na własny koszt uszczegółwić badania gruntowe.

W rzeczywistości zatem wykonawca dopiero na etapie badań uzupełniających, a więc po wygraniu przetargu i podpisaniu umowy uzyska pełną wiedzę niezbędną do poprawnego zaprojektowania kolektora. Wykonawca przed złożeniem oferty jest w stanie oszacować jedynie koszty dodatkowych badań, ale nie jest możliwe oszacowanie ewentualnych kosztów powstałych w przypadku wystąpienia rozbieżności pomiędzy zatwierdzoną dokumentacją geologiczno- inżynierską przedstawioną przez Zamawiającego, a stanem faktycznym ustalonym na podstawie dodatkowych badań.

Ponadto z opinii konserwatora zabytków nr KZ-NK-A. 4120.29.2018.AWZ z dnia 12.07.2018r. wynika, że prawdopodobieństwo odkrycia nawarstwień kulturowych oraz w ich obrębie obiektów archeologicznych i ruchomego materiału zabytkowego również jest bardzo wysokie.

Usunięcie zatem prawa do roszczenia kosztowego w sub. 4.24 WSK powoduje, że Wykonawca w swojej ofercie powinien uwzględnić koszty związane z przerwaniem prac budowlanych i rozpoczęciem badań archeologicznych (które są wymagane zgodnie z ww. opinią). Jednak ustalenie liczby zakłóceń realizacji robót z powodu konieczności przeprowadzenia badań archeologicznych oraz okresu ich trwania, nie jest możliwe na etapie przygotowania oferty.

Natomiast typowymi kosztami, które Wykonawca musi ponieść w takich przypadkach są m.in. koszty związane z przestojem specjalistycznego sprzętu do mikrotunelingu wraz z obsługą oraz koszty ogólne ponoszone w okresie przestoju, np. koszty związane z zajęciem pasa drogowego na potrzeby wykonania komór, które zgodnie z klauzulą 4.1 WSK (Ogólne zobowiązania Wykonawcy) ponosi Wykonawca.

W przypadku niniejszej inwestycji koszty zajęcia pasa drogowego określa obecnie UCHWAŁA NR LXII/1677/2018 RADY MIASTA STOŁECZNEGO WARSZAWY z dnia 1 marca 2018r. zmieniająca uchwałę w sprawie wysokości stawek opłat za zajęcie pasa drogowego dróg publicznych na obszarze m.st. Warszawy, z wyjątkiem autostrad i dróg ekspresowych. Koszty te wynoszą:

Załącznik Nr 3 do uchwały Kr LXnT577COI S Rady Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 1 marca 2018r.

Wysokość dziennych stawek opłaty za zajęcie 1 m<sup>2</sup> powierzchni pasa drogowego zajętej na prawach wyłączności w celach określonych w § 1 pkt 4 uchwały

## RODZAJ ELEMENTU ZAJĘTEGO PASA DROGOWEGO

### PASA DRÓG KRAJOWYCH I WOJEWÓDZKICH DRÓG POWIATOWYCH I GMINNYCH

jezdnia | pozostałe elementy pasa drogowego

A B C D E A B C D E

RODZAJ/CEL ZAJĘCIA. zajęcie do 20 % szerokości; zajęcie powyżej 20 %; powyżej 50 % szerokości  
zajęcia pobocza, chodniki, place, trawniki, zatoki autobusowe i postojowe, ścieżki rowerowe, ciągi piesze i pieszo-jezdnie; inne elementy pasa drogowego-  
PAS DRÓG KRAJOWYCH I WOJEWÓDZKICH

zajęcie do 20 % szerokości, zajęcie powyżej 20 % do 50 % szerokości  
zajęcie powyżej 50 % szerokości do całkowitego zajęcia jezdni, pobocza, chodniki, place, trawniki, zatoki autobusowe i postojowe, ścieżki rowerowe, ciągi piesze, ciągi pieszo-jezdne, inne elementy pasa drogowego

1 teren budowy, zaplecze budowy, obsługa komunikacyjna zaplecza budowy, składowanie 2,00 zł.; 5,00 zł.;10,00 zł.;3.00 zł.;2,00 zł.;1,50 zł.;4,00 zł.;8,00 zł.;2,50 zł.; 1,50 zł.

W przypadku zatem wstrzymania prac z powodu badań archeologicznych, wykonawca będzie zobowiązany do ponoszenia przez cały ten okres opłat, które przypadku małej komory o powierzchni 100m2 mogą kształtować się następująco:

- w przypadku zajęcia 20% - 200 zł. za dzień;
- w przypadku zajęcia 50% - 1000 zł. za dzień

Przykładowo zatem w przypadku prowadzenia badań archeologicznych przez 1 miesiąc samo zajęcie pasa drogowego może spowodować dodatkowe koszty w wysokości do 31.000 zł dla jednej studni. Natomiast w ramach niniejszej inwestycji (Etap II) zostaną wykonane 22 studnie przelotowe o pow. min. 100m2 oraz 4 komory połączeniowe o powierzchni większej. Są to tylko powierzchnie niezbędne do wykonania studni, a ze względów technologicznych może powstać konieczność zajęcia większych powierzchni. Ponadto wskazany koszt nie uwzględniania kosztów przestoju maszyn do mikrotunelingu i innego sprzętu oraz dodatkowych prac ziemnych.

W związku z tym przerwanie na Wykonawcę ryzyka gruntowego oraz ryzyka archeologicznego powoduje, że nie jest możliwe rzetelne skalkulowanie ceny oferty. Ponadto

konsekwencją takiego ukształtowania treści przyszłej umowy będzie złożenie przez poszczególnych wykonawców nieporównywalnych ofert. Każdy z wykonawców na innym bowiem poziomie skalkuluje ryzyko wystąpienia ww. zjawisk. Może zatem również zaistnieć sytuacja, w której z uwagi na ryczałtowy sposób rozliczenia niniejszej inwestycji, Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty kosztów, które w rzeczywistości nie wystąpiły.

„Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań specyfikacji, które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353<sup>1</sup> oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie. Sąd Najwyższy w uchwale podjętej w składzie 7 sędziów z dn. 22 maja 1991 r. podkreślił, iż "Natura umowy gospodarczej i generowanego przez nią stosunku sprowadza się generalnie do tego, że wyraża ona i pozwala realizować interes każdej ze stron, ponieważ zaś interesy te bywają przeciwstawne, istotę umowy stanowi uzgodnienie woli stron, wyrażające ich interesy. Zgoda obydwu stron jest oczywistym wymogiem tak przy zawarciu umowy, jak i przy zmianach jej treści, stąd też nawet przy najdalej idących ułatwieniach w realizacji inicjatywy zmian pozostawiona jest drugiej stronie możliwość odmowy zgody na zmiany. W tym stanie rzeczy za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku jednej tylko strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków" (wyrok KIO z 8.04.2016r., KIO 1888/17).

- uzasadnienie zarzutów sub. 4.27 WSK oraz pkt 3.5 (Tom I) i pkt 4.11 (Tom II) PFU:

Zamawiający w pkt 3.5, pkt 4.11 PFU oraz dodanej sub. 4.27 WSK (Istniejące instalacje) nakłada na wykonawcę obowiązek zidentyfikowania wszystkich kolizji oraz odpowiedzialność za wszelkie uszkodzenia dróg, rowów odwadniających, wodociągów, kanalizacji i gazociągów, słupów i linii energetycznych, kabli, punktów osnowy geodezyjnej lub innych instalacji jakiegokolwiek rodzaju spowodowane przez niego lub jego Podwykonawców podczas wykonywania Robót, a także niezwłocznej naprawy wszelkich powstałych uszkodzeń na własny koszt oraz gdy będzie to konieczne do przeprowadzenia innych prac nakazanych przez Inżyniera.

Zamawiający w ramach PFU przekazał wykonawcom w celu zidentyfikowania kolidującego uzbrojenia geodezyjną mapę sytuacyjno-wysokością z proponowanym przebiegiem kolektora

Wiślanego oraz dokumenty, jakie dotychczas pozyskał od gestorów infrastruktury. Zamawiający zaznaczył jednak, że przytoczone powyżej zestawienie zostało opracowane przez Zamawiającego z należytą starannością, jednak może nie zawierać wszystkich występujących w terenie kolizji. Wykonawca zobowiązany jest do weryfikacji zarówno na podstawie dostępnych materiałów mapowych, jak i na podstawie wizji w terenie występujących kolizji i do ich usunięcia.

Jednocześnie w pkt 4.11 PFU Wykonawca został zobowiązany do zidentyfikowania wszystkich mogących wystąpić kolizji, zarówno tych wymagających przebudowy (rozwiązań docelowych), jak i rozwiązań tymczasowych i zabezpieczeń na czas realizacji prac wynikających z technologii prowadzenia robót oraz skoordynowania i uzgodnienia rozwiązań projektowych z inwestycjami planowanymi w rejonie projektowanego kolektora Wiślanego, w tym m.in. z planowaną budową Mostu Krasieńskiego. Zamawiający zaznaczył, że wszelkie koszty wynikające z powyższych działań Wykonawca jest zobowiązany zawrzeć w Cenie Ofertowej.

Zamawiający obarcza zatem wykonawcę kosztami wystąpienia niezidentyfikowanej infrastruktury na trasie Kolektora, w tym kosztami usunięcia uszkodzeń powstałych w związku wystąpieniem niezidentyfikowanych instalacji. Są to okoliczności, których wystąpienia i zakresu nie sposób przewidzieć w dacie opracowywania oferty. Nie jest możliwa ich identyfikacja na podstawie dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego ani w trakcie wizji lokalnej zalecanej przez Zamawiającego (większość infrastruktury jest zlokalizowana pod ziemią i możliwa do identyfikowania dopiero podczas prac ziemnych).

Natomiast z uwagi na lokalizację inwestycji koszty usunięcia kolizji nieznanymi w dacie sporządzania oferty mogą być znaczne.

Należy przy tym podkreślić, że Zamawiający dysponuje dokumentami źródłowymi oraz szczegółowymi danymi o stanie i przebiegu kolizyjnej infrastruktury występującej na linii planowanej inwestycji, ponieważ jako zarządca infrastruktury wodno-kanalizacyjnej, prowadzi stosowne inwentaryzacje, aktualizując mapy podległych mu terenów związanych z planowanymi inwestycjami.

Koszt usunięcia kolizji, o których mowa w kwestionowanych postanowieniach projektu umowy oraz PFU, są możliwe do ustalenia dopiero w trakcie budowy kolektora. Na etapie ofertowania nie jest możliwe oszacowanie nieznanymi i niemożliwych do identyfikacji ryzyk.

W wyroku z dnia 8.07.2016r. (sygn. akt: XXIII Ga 675/16) Sąd Okręgowy w Warszawie wskazał, że całkowicie chybione i niemożliwe do udowodnienia, a w konsekwencji



nie logiczne i sprzeczne z doświadczeniem życiowym jest stanowisko, w myśl którego zmiany parametrów wyjściowych pozostają bez wpływu na brak wpływu na koszty i czas inwestycji.

Jednocześnie Zamawiający przerzucając na wykonawcę odpowiedzialność z tytułu wystąpienia ww. zjawisk, narusza ciążący na nim obowiązek prawidłowego przygotowania postępowania przetargowego oraz opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który ma umożliwić mu identyfikację zakresu przyszłego zamówienia oraz kalkulację oferty (art. 15 ust. 1, art. 18 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp).

- uzasadnienie zarzutu dot. sub. 5.1 WSK:

Zamawiający modyfikując sub. 5.1 WSK:

- 1) nałożył na Wykonawcę obowiązek powiadomienia w ciągu 14 dni od Daty Rozpoczęcia o wszelkich błędach, nieprawidłowościach lub wadach w Wymaganiach Zamawiającego oraz przedstawienia propozycji ich usunięcia lub poprawienia;
- 2) przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność za Wymagania Zamawiającego; po upływie ww. terminu (w przypadku niezgłoszenia zastrzeżeń) lub 5 dni od otrzymania stanowiska Inżyniera w tej kwestii, Wymagania Zamawiającego mają być traktowane tak jakby zostały sporządzone przez samego Wykonawcę i Wykonawca jest obowiązany do poprawy zarówno ich, jak i robót na własny koszt, pod nadzorem Inżyniera.

Wskazane zapisy WSK w sposób nieadekwatny do przyjętej formuły realizacji inwestycji („Projektuj i Buduj”) oraz nie mający oparcia obowiązujących przepisach prawa przenoszą na Wykonawcę ryzyka, których nie powinien ponosić z uwagi na wynikające z przepisów Pzp zasady odpowiedzialności za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania przetargowego oraz których nie jest w stanie wycenić w dacie opracowywania i składania oferty.

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych przez Wykonawcę w zamian za wynagrodzenie ryczałtowe. Wykonawca ustala zatem planowany zakres prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowuje ofertę cenową na podstawie PFU.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 i art. 18 ust. 1 Pzp Zamawiający jest zobowiązany do przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto art. 29 ust. 1 Pzp nakłada na Zamawiającego (nie na Wykonawcę) obowiązek precyzyjnego i jednoznacznego przygotowania w ściśle określonej formie opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane (dokumentacja projektowa lub PFU).

Podkreślić należy, że przyjęcie ryczałtowego systemu wynagrodzenia oraz formuły realizacyjnej „Projektuj i Buduj”, tak jak w przypadku niniejszego zamówienia, nie wyłącza obowiązku Zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 i art. 31 ust. 1 Pzp).

Zamawiający przenosząc na Wykonawcę odpowiedzialność za wady PFU oraz ewentualnie znajdujące się w pozostałych Wymaganiach Zamawiającego (np. przebieg trasy, załączone rysunki, uzyskane wstępne uzgodnienia itp.) wskazuje wyraźnie, że nie jest pewny prawidłowości przygotowanego postępowania przetargowego mimo, że poświęcił na to ponad 2 lata. Jednocześnie takie postępowanie stanowi naruszenie ww. przepisów Pzp nakładających na Zamawiającego odpowiedzialność za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie przetargu.

Ponadto należy zauważyć, że PFU dostarczony przez Zamawiającego został opracowany przez profesjonalistę (CDM Smith Sp. z o.o., 02-017 Warszawa, Al. Jerozolimskie 123a oraz Sweco Consulting Sp. z o.o., ul. Franklina Roosevelta 22, 60-829 Poznań). Brak zatem uzasadnienia do obarczania Wykonawcy odpowiedzialnością za wady tego dokumentu będące skutkiem działań lub zaniechań podmiotu trzeciego. Zamawiający w umowie łączącej go z tym podmiotem powinien w odpowiedni sposób zabezpieczyć na wypadek wystąpienia wadliwości tego dokumentu. PFU na zlecenie Zamawiającego zostało opracowywane przez specjalistyczną firmę, który powinien ponosić odpowiedzialność za wykonane przez siebie opracowanie.

Jednocześnie z uwagi na formułę niniejszego przetargu brak również racjonalnych i prawnych podstaw do narzucania Wykonawcy obowiązku zgłoszenia wszelkich wad i

nieprawidłowości w Wymaganiach Zamawiającego w terminie 14 dni od Daty Rozpoczęcia. Zakładany przez Zamawiającego okres realizacji niniejszego zamówienia obejmujący fazę projektowania i wykonawstwo robót budowlanych wynosi 42 miesiące (w tym dwa pierwsze etapy prac polegają na wykonaniu: Projektu Wstępnego i mapy do celów projektowych oraz Projektu Budowlanego wraz z Decyzją Pozwolenia na Budowę; pkt 3.6 PFU). W związku z tym nadmiernym wymaganiem jest żądanie wykonania szczegółowej analizy Wymagań Zamawiającego w ciągu 14 dni od Daty Rozpoczęcia (sub. 8.1 WSK). Dokument ten będzie przedmiotem analiz w trakcie całego okresu projektowania z uwagi na stopień skomplikowania inwestycji. Nie jest zatem możliwe wykonanie ww. przeglądu oraz wykrycie wszystkich błędów i nieprawidłowości w czasie zakreślonym przez Zamawiającego. Zdaniem Wykonawcy w

przypadku tego typu inwestycji okres projektowania wynosi ok. 10-12 miesięcy. Ponadto nieprawidłowości PFU i innych Wymagań

Zamawiającego mogą ujawnić się również dopiero w okresie realizacji inwestycji, np. odmienne warunki geologiczne czy kolizje niewykazane w PFU.

Z obowiązujących przepisów również nie sposób wywieść, że Wykonawca jest zobowiązany do wykrycia wszelkich nieprawidłowości na etapie ofertowania oraz w bardzo krótkim terminie od dnia zawarcia umowy.

W związku z tym termin na zgłaszanie wad i nieprawidłowości w Wymaganiach Zamawiającego przez Wykonawcę jest zbyt krótki (powinien zostać wydłużony co najmniej do daty zakończenia opracowywania dokumentacji projektowej oraz uzyskania ostatecznych uzgodnień i pozwoleń) oraz brak podstaw do obarczania Wykonawcy kosztami poprawek Wymagań Zamawiającego i kosztami poprawienia robót powstałymi z powodu wadliwości Wymagań Zamawiającego.

- uzasadnienie zarzutów sub. 13.8 WSK:

Zamawiający skreślił sub. 13.8 WSK ustalając zasady dokonywania waloryzacji umownej wynagrodzenia Wykonawcy. Klauzulą adaptacyjną przewidzianą w sub. 13.8 WSK zwiększa elastyczności kontraktów budowlanych i dostosuje ich treść do zmieniających się warunków gospodarczych.

Zamawiający zamierza natomiast wyłączyć uprawnienia wykonawcy do domagania się jakiegokolwiek rekompensaty poniesionych kosztów powstałych w związku z wystąpieniem czynników powodujących wzrost lub spadek kosztów robocizny, dóbr i usług oraz innych nakładów. W ten sposób Zamawiający przerzuca na Wykonawcę część kosztów realizacji inwestycji. Wykonawca nie będzie miał bowiem możliwości uzyskania rekompensaty w razie zaistnienia okoliczności, których nie mógł przewidzieć. Skreślenie zatem możliwości zastosowania ww. klauzuli w obecnych warunkach gospodarczych stanowi nadużycie zasady swobody umów.

- uzasadnienie zarzutów w pkt 2.6 (Tom I) PFU (Roboty tymczasowe):

Zgodnie z pkt 2.6 PFU, Wykonawca w Cenie Ofertowej musi uwzględnić wykonanie rozwiązań tymczasowych, które będą niezbędne do funkcjonowania burzowców do czasu wykonania całej inwestycji.

W chwili składania oferty Wykonawca nie jest w stanie określić czasu wykonania całej inwestycji, która jest podzielona na trzy etapy, co do których prowadzone są obecnie dwa

odrębne postępowania przetargowe. Natomiast do dnia wniesienia niniejszego odwołania Zamawiający nie ogłosił przetargu dotyczącego Etapu 3 (brak informacji jak ramy czasowe jego realizacji zakłada Zamawiający).

Istnieje zatem duże prawdopodobieństwo, że Etap I i Etap III realizowany będzie przez innych wykonawców. Wykonawca nie ma wpływu ani na okres realizacji zadeklarowany przez tych wykonawców (stanowiący jedno z kryteriów oceny ofert) ani rzeczywisty czas realizacji tych etapów.

Zamawiający nie wskazał kolejności, w jakiej będą realizowane poszczególne etapy inwestycji. Zaznaczył jedynie, że jest to uzależnione jest to od uwarunkowań zewnętrznych i etapy mogą być realizowane równolegle lub w dowolnej kolejności (pkt 1 (Tom I) PFU (Informacje ogólne o inwestycji).

Powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują, że na etapie składania ofert nie jest możliwa

kalkulacja tych kosztów i ujęcie ich w cenie ofertowej - uzasadnienie zarzutów pkt 3.7 PFU:

Zamawiający w pkt 3.7 PFU nakłada na wykonawcę obowiązek zaznajomienia się z m.in. z aktualnymi danymi dotyczącymi przepływów charakterystycznych oraz aktualnymi danymi dotyczącymi inwestycji prowadzonych i planowanych w rejonie budowy kolektora Wiślanego. Zamawiający nie przekazał tych informacji mimo, że jako zarządca infrastruktury wodociągowo-kanalizacyjnej na terenie miasta jest w ich posiadaniu.

Zamawiający dysponuje zatem narzędziami do szczegółowego opisanie przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Jednakże Zamawiający przerzuca odpowiedzialność za ten element opisu przedmiotu zamówienia na wykonawców, którzy nie mają dostępu do danych umożliwiających oszacowanie swojej ceny ofertowej w tym zakresie, np. dane dotyczące przepływów charakterystycznych determinują średnicę rur, które powinny zostać zastosowane do budowy kolektora oraz ilość, kształt i wielkość komór.

Ponadto należy zauważyć, że w zakresie działalności Zamawiającego leży m.in. budowa urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych w oparciu o Wieloletni Plan Rozwoju i Modernizacji Urządzeń Wodociągowych i Urządzeń Kanalizacyjnych, a także Zamawiający wydaje warunki techniczne na budowę urządzeń wodociągowych lub kanalizacyjnych oraz jako gestor sieci

dokonuje uzgodnień inwestycji realizowanych na terenie miasta. W związku z tym Zamawiający dysponuje danymi dotyczącymi inwestycji prowadzonych i planowanych w rejonie budowy kolektora Wiślanego. Nakładanie zatem na wykonawcę obowiązku ustalenia liczby inwestycji prowadzonych i planowanych w rejonie budowy kolektora Wiślanego stanowi naruszenie art. 15 ust. 1 i art. 18 ust. 1 Pzp. Natomiast Wykonawca nie ma możliwości pozyskania takich informacji, ponieważ inwestorzy planujący wykonanie inwestycji na sąsiednich działkach mają obowiązek informowania o tych zamierzeniach Zamawiającego, a nie Wykonawcę.

Ponadto Wykonawca w kwestionowanych postanowieniach został zobowiązany do uzyskania wszystkich koniecznych informacji odnoszących się do ryzyka koniecznych rezerw oraz innych okoliczności, które mogą wpływać na Ofertę lub na Roboty, a także dokonania inspekcji i badania Terenu Budowy, jego otoczenia oraz innych dostępnych informacji i przed złożeniem Oferty upewnienia się, co do wszystkich istotnych spraw włączając w to (lecz nie ograniczając się wyłącznie do tego) następujące zagadnienia m.in.:

- kształt i charakter Terenu Budowy, włącznie z warunkami podpowierzchniowymi;
- warunki hydrologiczne i klimatyczne;
- uwarunkowania wynikające z realizacji inwestycji w terenie miejskim oraz te wynikające z konieczności koordynacji robót z innymi pracami realizowanymi w tym terenie.

Ponadto w myśl tego punktu PFU Wykonawca deklaruje, że:

- uzyskał wiarygodne informacje o wszystkich, warunkach i zobowiązaniach, które w jakikolwiek sposób mogą wpłynąć na wartość czy charakter Oferty lub wykonanie Robót;
- przed złożeniem oferty dokonał wizji lokalnej i inspekcji przyszłego Terenu Budowy i jego otoczenia w celu oszacowania, na własną odpowiedzialność, a także na własny koszt i ryzyko, wszelkich danych, jakie mogą okazać się niezbędne do projektowania i wykonania Robót;

- ma świadomość, że Wymagania Zamawiającego mogą nie obejmować wszystkich szczegółów Robót i Wykonawca weźmie to pod uwagę przy planowaniu budowy, realizacji Robót i kompletacji dostawy Urządzeń;
- nie będzie wykorzystywać błędów lub opuszczeń w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zamawiający poprzez wskazany powyżej opis przedmiotu zamówienia nakłada na Wykonawcę obowiązek kalkulacji nieznanych do oszacowania ryzyk związanych z elementami, których identyfikacja będzie możliwa dopiero na etapie realizacji zamówienia. W przypadku niniejszego przetargu Zamawiający nakazuje skalkulowanie w ofercie kosztów m.in. warunków podpowierzchniowych; warunków hydrologicznych oraz uwarunkowań wynikających z realizacji inwestycji w terenie miejskim.

Jest to praktyka nieprawidłowa. W przypadku zastosowania formuły realizacyjnej „Projektuj i buduj” w trakcie realizacji inwestycji może ulec zmianie zakres wykonywanych robót. Jednak nawet w ramach tej formuły nie jest możliwa akceptacja przerwania na wykonawcę ryzyk związanych z wystąpieniem okoliczności, których zakresu i konsekwencji nie można przewidzieć na etapie ofertowania, wynikających z okoliczności identyfikowalnych dopiero na etapie realizacji zamówienia, postanowienia PFU przerzucające na Wykonawcę są nieprawidłowe i nie mogą zostać zaakceptowane. W wyroku z dnia 8.07.2016r. (sygn. akt XXIII Ga 675/16) Sąd Okręgowy w Warszawie podkreślił, iż ewentualne zmiany w zakresie robót będące następstwem zdarzeń wykrytych w trakcie realizacji inwestycji zgodnie z doświadczeniem życiowym wpływają na koszt oraz na czas realizacji inwestycji.

Ponadto w wyroku z dnia 21.02.2017r. (KIO 269/17) KIO podkreśliła, że „zakres usług - możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania - nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych, co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny. Zapisy SIWZ pozostawiające po stronie zamawiającego kompetencje otwarte - nie gwarantujące koniecznego współdziałania zamawiającego, niekompletne, niespójne - naruszają art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. - działają w sposób antykonkurencyjny - zniechęcają wykonawców do uczestnictwa w takim przetargu i ubiegania się o zamówienie, gdzie niedookreślony opis przedmiotu zamówienia stwarza obawy, że wykonawca nie będzie się w stanie terminowo i należycie wywiązać z umowy i poniesie straty na przy jej wykonywaniu. Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez

zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty”.

Jednocześnie Zamawiający przerzucając na wykonawcę odpowiedzialność z tytułu wystąpienia ww. zjawisk, narusza ciążący na nim obowiązek prawidłowego przygotowania postępowania przetargowego oraz opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który ma umożliwić mu identyfikację zakresu przyszłego zamówienia oraz kalkulację oferty (art. 15 ust. 1, art. 18 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp).

- uzasadnienia zarzutów pkt 3.6 i pkt 4 (Tom I) oraz pkt 7.3.5. (Tom II) PFU:

Wykonawca został zobowiązany do wykonania Projektu budowlanego, zgodnego z wymaganiami polskiego Prawa budowlanego oraz przygotowania i skompletowania wymaganych prawem załączników do wniosku o wydanie pozwolenia na budowę.

Realizacja inwestycji podzielona jest na trzy etapy obejmujące odcinki:

- a) od przepompowni Powiśle do burzowca Wenedów (bez komory) o długości około 2 km i średnicy DN800-DN1200 - ETAP I;
- b) od komory połączeniowej z burzowcem Wenedów do komory połączeniowej z kolektorem Bielańskim (z komorami) o długości ok. 5.5 km i średnicy PN 3.20 m - ETAP II (będący przedmiotem niniejszego PFU): ■ odcinek objęty niniejszym postępowaniem przetargowym:
- c) od komory połączeniowej z kolektorem Bielańskim do Zakładu „Farysa” wraz z przepompownią o długości 1,2 km i średnicy DN 3,20 m oraz przewodów tłocznych 2xDN1000 o długości około 0,4 km - ETAP III.

Jednakże Zamawiający nie przedstawił żadnych dokumentów sporządzanych w przypadku etapowania inwestycji, które potwierdzają prawidłowość dokonanego podziału oraz możliwość uzyskania odrębnych decyzji o pozwoleniu na budowę dla każdego z wyodrębnionych etapów. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł możliwość wyłączenia w dowolnym momencie (projektowanie, okres realizacji) dowolnego zakresu robót do odrębnego pozwolenia na budowę lub zgłoszenia robót.

Brak ww. danych wyjściowych stanowi naruszenie przepisów nakładających na Zamawiającego obowiązek przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób konkretny i przejrzysty.

Zgodnie z art. 33 ust. 1 Prawa budowlanego, pozwolenie na budowę dotyczy całego zamierzenia budowlanego. W przypadku zamierzenia budowlanego obejmującego więcej niż jeden obiekt, pozwolenie na budowę może, na wniosek inwestora, dotyczyć wybranych obiektów lub zespołu obiektów, mogących samodzielnie funkcjonować zgodnie z przeznaczeniem. Jeżeli pozwolenie na budowę dotyczy wybranych obiektów lub zespołu obiektów, inwestor jest obowiązany przedstawić projekt zagospodarowania działki lub terenu, o którym mowa w art. 34 ust. 3 pkt 1. dla całego zamierzenia budowlanego.

Zamawiający nie przedstawił ww. projektu zagospodarowania działki lub terenu oraz brak w Wymaganiach Zamawiającego jakichkolwiek informacji potwierdzających prawidłowość etapowania dokonanego przez Zamawiającego. Na podstawie przedłożonych przez Zamawiającego danych nie jest również możliwe jednoznaczne ustalenie, czy obiekt planowany do wykonania w ramach Etapu II jest obiektem mogącym samodzielnie funkcjonować zgodnie z przeznaczeniem w rozumieniu art. 33' ust. 1 Prawa budowlanego.

W wyroku z dnia 16.08.2018 r. (II SA/OI 541/18) WSA w Olsztynie podkreślił, że „przy etapowaniu inwestycji, analizie podlega samodzielność funkcjonowania obiektu budowlanego, którego ściśle dotyczy pozwolenie na budowę. ”

Natomiast na podstawie przedłożonych Wymagań Zamawiającego powstają poważne wątpliwości, czy obiekt planowany do wybudowania w ramach Etapu II będzie w stanie



wypełniać samodzielnie swoją podstawową funkcję, tj. ograniczyć ilości zrzutu ścieków z przelewów kanalizacji ogólnospławnej do rzeki Wisły. Brak zatem w SIWZ danych koniecznych do ustalenia, czy możliwe będzie uzyskanie odrębnego pozwolenia na budowę Etapu II, a w konsekwencji, czy możliwe jest wykonanie Etapu II w zakresie określonym przez Zamawiającego.

- uzasadnienie zarzutów poz. 3.17 Części II,7 Wykazu cen:

Zgodnie z sub. 1.1.1.12 WSK, „Wypełniony Wykaz Cen” oznacza Wykaz Cen zgodny ze wzorem stanowiącym Część II.6 wypełniony przez Wykonawcę zawierający ceny ryczałtowe elementów rozliczeniowych, wyrażone w PLN i stanowiący podstawę płatności wraz z Przejściowym Świadectwem Płatności.

Ponadto w myśl sub. 14.4 WSK, Wykonawca dostarczy Inżynierowi Plan Płatności sporządzony w formie uzgodnionej; z Inżynierem i zaakceptowany przez Zamawiającego przygotowany w oparciu o Wykaz Cen w terminie 21 dni od daty otrzymania powiadomienia o Dacie Rozpoczęcia.

W preambule do Wykazu cen, Zamawiający zaznaczył również, że ceny ryczałtowe muszą obejmować wszelkie wydatki poboczne i nieprzewidziane oraz wszystkie ryzyka związane z budową, ukończeniem, uruchomieniem i eksploatacją całości Robót zgodnie z Kontraktem w tym wszystkie koszty stałe, zyski, koszty ogólne i podobnego rodzaju obciążenia.

Znaczenie nadane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Wykazowi cen powoduje, że wypełnienie kwestionowanej pozycji Wykazu cen może mieć negatywne skutki dla Wykonawcy. Zamawiający może się bowiem powoływać na zamieszczony w tej pozycji katalog kosztów w celu odmowy zapłaty za wystąpienie ryzyk, których rzeczywistych rozmiarów wykonawca nie jest w stanie rzetelnie skalkulować na etapie opracowywania oferty. Pominięcie poszczególnych elementów kosztowych również może spowodować negatywne konsekwencje dla Wykonawcy w postaci odmowy zapłaty, z uwagi na argument, że Wykonawca jako profesjonalista powinien

przewidzieć wystąpienie określonych zdarzeń w trakcie realizacji inwestycji albo argument, że pominięcie danych kosztów w tej pozycji oznacza uwzględnienie tych kosztów w ramach innych pozycji Wykazu cen.

Taki sposób sformułowania Wykazu cen powoduje również, że Zamawiający uzyska nieporównywalne oferty. Z uwagi na różne możliwe sposoby interpretacji ww. pozycji, poszczególni wykonawcy umieszczą w niej różne pozycje kosztowe. W takim przypadku nie będzie możliwe zbadanie ofert pod kątem rażąco niskiej ceny, ponieważ te same koszty poszczególni wykonawcy ujmą w poz. 3.17 Części II.7 Wykazu cen albo w ramach innych pozycji kosztowych.

Z uwagi na powyższe niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie w całości.

### **Odpowiedź na odwołanie**

W dniu 29 października 2018 zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w części w zakresie:

- Zarzutu rzekomego ustanowienia różnych poza cenowych kryteriów oceny ofert w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ. Zamawiający w dniu 17.10.2018 r. dokonał poprawy oczywistej omyłki poprzez zmianę treści ogłoszenia.
- Zarzutu wyznaczenia terminu składania ofert uniemożliwiającego rzetelne przygotowanie i skalkulowanie ofert. Zamawiający informuje, że dokonał zmiany terminu składania i otwarcia ofert na dzień 13.12.2018 r.
- Zarzutu ustanowienia zbyt krótkiego terminu na zgłaszanie błędów i nieprawidłowości w PFU (Subklauzula 5.1. WSK). Zamawiający wydłużył termin przewidziany w przywołanej Subklauzuli do 60 dni.

W zakresie pozostałych zarzutów oraz żądań Odwołującego Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego proporcjonalnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami.

### **Uzasadnienie**

Odwołujący przywołał w petitum Odwołania szereg przepisów, które rzekomo naruszył

Zamawiający, zwłaszcza opisując warunki wykonania zamówienia poprzez PFU oraz Warunki Szczególne Kontraktu jednak nie wykazał na czym polega rzekome naruszenie oprócz tego, że owe warunki są lub mogą być dla Odwołującego nieprzyjemne i niekorzystne. Analiza orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na dość jednolite stanowisko w kwestii zakresu stosowania zasady swobody umów na gruncie Prawa zamówień publicznych. To z kolei potwierdza brak nieprawidłowości w działaniach Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu oraz bezzasadność zarzutów i żądań podnoszonych przez Odwołującego.

„Środki ochrony prawnej C..) służą wyłącznie usunięciu naruszeń przepisów ustawy, których dopuścił się zamawiający, nie zaś uczynieniu warunków wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego bardziej przyjaznej dla wykonawcy. Izba może uwzględnić odwołanie tylko w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania, Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej treści SIWZ, jeżeli treść nadana przez zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów.

Samo powołanie się na ukształtowanie nieproporcjonalnych praw i obowiązków w ramach stosunku umownego nie narusza zasady swobody umów, o której mowa w art. 353 § 1 KC – konieczne jest wykazanie, iż nieproporcjonalność ta narusza konkretny przepis prawa, jest sprzeczna z naturą stosunku lub jej stopień przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązującego przy stosunkach danego rodzaju. Ograniczenie uprawnień podmiotowych (np. dowolnego ukształtowania treści stosunku zobowiązaniowego) w oparciu o klauzule generalne typu zasady współżycia społecznego powinno odbywać się w sposób możliwie niearbitralny, w oparciu i z uwzględnieniem wszelkich okoliczności danej sprawy, którym w świetle wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie kryteriów przypisać można znaczenia dla kwalifikacji prawnej sprawy. W szczególności samo abstrakcyjne odwołanie się do klauzul generalnych, bez jednoczesnego konkretnego odniesienia do norm prawnych wynikających z innych przepisów lub przynajmniej konkretnych i pewnych standardów wynikających ze stosunków danego rodzaju, należy uznać za niewystarczające.

Wynikający z art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych obowiązek zamawiającego szczegółowego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia nie ma charakteru nieograniczonego. W przypadku zamówień publicznych dotyczących zaprojektowania i wykonania robót budowlanych przy analizie poprawności dokonanego opisu należy uwzględnić konsekwencje wynikające z przyjętego przez zamawiającego charakteru wynagrodzenia, które uzyska wykonawca. Nie można pomijać, że ustawa Prawo zamówień publicznych na mocy odesłania zawartego w art. 14 Prawa zamówień publicznych odwołuje

się do przepisów Kodeksu cywilnego. Ten zaś w art. 632<sup>1</sup> stanowi, że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac". Wyrok z dnia 31.10.2016 r. sygn. KIO 1915/16

„Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353(1) KC), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę". Wyrok z dnia 08.07.2014 r. Sygn. KIO 1286/14

Odnosząc się do poszczególnych klauzul WSK przywołanych przez Odwołującego Zamawiający stwierdza w zakresie Subklauzul 4.12 Nieprzewidziane warunki fizyczne; 4.24 Wykopalka; 4.27 Istniejące instalacje Zamawiający stwierdza, że postanowienia w/w klauzul są typowe i stosowane we wszystkich projektach realizowanych wg warunków FIDIC w Spółce. Ich postanowienia nie naruszają żadnego z obowiązujących przepisów prawa zaś ryzyko z nich wynikające Wykonawca może skalkulować w cenie. W ocenie Zamawiającego, Wykonawca może zorganizować Roboty tak by zminimalizować ryzyko i koszty ewentualnego wstrzymania realizacji robót budowlanych. Ponadto Zamawiający podkreśla, iż nie wyłączył możliwości dochodzenia przez wykonawców roszczeń, w tym odszkodowawczych w oparciu o przepisy ogólne.

W zakresie Subklauzuli 13.8 Korekty wynikające ze zmiany kosztu Zamawiający stwierdza, iż żadne z obowiązujących przepisów prawa, poza dyspozycją art. 142 ust 5 pzp, nie nakładają na Zamawiającego obowiązku waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy zatem postanowienia tej Subklauzuli nie naruszają żadnego z obowiązujących przepisów prawa zaś ryzyko z nich wynikające Wykonawca może skalkulować w cenie. Ponadto Zamawiający podkreśla, iż nie wyłączył możliwości dochodzenia przez wykonawców roszczeń, w tym odszkodowawczych w oparciu o przepisy ogólne.

Na marginesie Zamawiający zwraca uwagę, iż Odwołujący nie sformułował żadnego konkretnego żądania w powyższym zakresie tj nie zaproponował treści postanowień kwestionowanej klauzuli co uniemożliwia jakąkolwiek polemikę w tej kwestii jak również wskazania przez Izbę konkretnego działania Zamawiającemu.

W zakresie pkt 2.6 (Tom I PFU) Roboty tymczasowe Zamawiający wskazuje, iż zakres zamówienia obejmuje m.in. wykonanie wszystkich prac tymczasowych niezbędnych do wykonania robót stałych. Wykonawca, zgodnie z kontraktem, zobowiązany będzie tym samym m.in. do wykonania robót tymczasowych pozwalających na prawidłową prace istniejących kolektorów burzowych oraz za utrzymanie ciągłości ich pracy do czasu wydania Świadectwa Przejęcia. Wskazane postanowienia nie naruszają żadnego z obowiązujących przepisów prawa zaś koszt w/w robót Wykonawca powinien skalkulować w cenie

W zakresie pkt 3.5 (Tom I PFU) oraz pkt 4.11 (Tom II PFU) Zamawiający wskazuje, że zamówienie będące przedmiotem postępowania dotyczy realizacji robót budowlanych w systemie „projektuj i buduj” i Wykonawca w ramach realizacji umowy będzie odpowiedzialny m.in. za opracowanie projektów technicznych, uzgodnienie ich z Zamawiającym, a następnie realizację na ich podstawie robót budowlanych. Zamawiający przekazał wykonawcom więcej informacji i dokumentów niż wynika z zakresu Programu Funkcjonalno — Użytkowego, jaki jest wymagany zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalnourżytkowego. Zamawiający m.in. uzgodnił trasę kolektora „Wiślanego” na naradzie koordynacyjnej w sprawie uzgodnienia usytuowania projektowanej sieci uzbrojenia terenu w

Biurze Geodezji i Katastru Urzędu Miasta st. Warszawy. Opracowanie i przedstawione na mapie rozwiązania kolizji dotyczą trasy określonej w wymaganiach Zamawiającego. Zamawiający w wymaganiach nie określił organizacji i technologii prowadzenia robót stałych i tymczasowych — stanowi to element projektu jaki ma zostać opracowany i następnie zrealizowany przez Wykonawcę. W zależności od przyjętych tam rozwiązań (jak np. ilość, rozmieszczenie i wielkość komór połączeniowych oraz związanych z ich realizacją wykopów) wskazana w zestawieniu przedstawionym przez zamawiającego ilość kolizji może ulec zmianie. Będzie to jednak wynik działań Wykonawcy nie zaś zaniechań czy naruszeń Zamawiającego zatem żądanie dodatkowego kosztu z tego tytułu jest całkowicie pozbawione podstaw prawnych.

W zakresie pkt 3.7 (Tom I PFU) Zamawiający podnosi, że w SIWZ, a w szczególności w załączonej w Tomie IV, Załączniku E dokumentacji geologiczno — inżynierskiej, zostały zawarte szczegółowe informacje o warunkach podpowierzchniowych oraz hydrogeologicznych

z jakimi wykonawca zobowiązany jest się szczegółowo zapoznać, przeanalizować i zinterpretować przy uwzględnieniu pozostałych wymagań zawartych w SIWZ. W przypadku wystąpienia w trakcie realizacji robót niemożliwych do przewidzenia warunków fizycznych, na mocy pozostają postanowienia klauzuli 4.12 WSK. Zarzuty i żądania Odwołującego dotyczące przywołanych postanowień są zatem całkowicie bezzasadne.

Ponadto Zamawiający podnosi, iż zawarł w treści SIWZ informacje o głównych inwestycjach jakie planowane są do realizacji w przewidywanym obszarze realizacji Kolektora Wiślanego. Informację o planowanych inwestycjach umieszczone są w serwisie <http://www.infoullice.um.warszawa.pl/>. Zamawiający wyjaśnia ponadto, że na terenie m.st. Warszawy jednostką odpowiedzialną za koordynację inwestycji w pasie drogowym jest Biuro Koordynacji Inwestycji Remontów w Pasie Drogowym m.st. Warszawy, gdzie można uzyskać szczegółowe informacje na temat planowanych inwestycji.

Zamawiający wyjaśnia ponadto, że informacje o przepływach charakterystycznych zawarte są w SIWZ) a w szczególności na PT\_T 02, w Tomie IV, Załączniku D.

Zarzuty i żądania Odwołującego dotyczące przywołanych postanowień są zatem całkowicie bezzasadne

W zakresie pkt 3.7 (Tom I PFU) Zamawiający podnosi, że zawarte tam postanowienie: „Nie będzie wykorzystywać błędów lub opuszczeń w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a o ich wykryciu natychmiast powiadomi Inżyniera, który dokona odpowiednich poprawek, uzupełnień lub interpretacji.” określa wymaganie przez Zamawiającego profesjonalnego charakteru działań Wykonawcy i niewykorzystywanie w nieuzasadnionych przypadkach błędów lub opuszczeń w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia do wstrzymania robót. Niniejsze zapisy nie ograniczają odpowiedzialności Zamawiającego zgodnie z klauzulą 1.9, „Błędy w wymaganiach Zamawiającego.”

Zarzuty i żądania Odwołującego dotyczące przywołanych postanowień są zatem całkowicie bezzasadne.

W zakresie pkt 3.6 i 4 (Tom I PFU) oraz pkt 7.3.5 (Tom II PFU) Zamawiający podnosi, że zamówienie będące przedmiotem postępowania dotyczy realizacji robót budowlanych w systemie „projektuj i buduj” i Wykonawca w ramach realizacji umowy będzie odpowiedzialny m.in. za opracowanie projektów technicznych (w tym projektu stanowiącego załącznik do wniosku o wydanie 'pozwolenia na budowę”), uzgodnienie ich z Zamawiającym, oraz uzyskanie decyzji a następnie realizację na ich podstawie robót budowlanych. Opracowana

przez Wykonawcę dokumentacja musi uwzględniać wszystkie uwarunkowania wynikające z SIWZ.

Zakres całości inwestycji został opisany w PFU w szczególności Tomie I. Zamawiający przekaze Wykonawcy Protokół z narady koordynacyjnej lub inną formę planu sytuacyjnego pozostałych etapów inwestycji, na podstawie których, Wykonawca opracuje Projekt Zagospodarowania Terenu, jaki jest wymagany do wniosku o „pozwolenie na budowę”. W ocenie Zamawiającego, po zrealizowaniu każdego z etapów inwestycji możliwe będzie odprowadzenie ścieków burzowych do rz. Wisły, co jest zasadniczym elementem funkcjonalnym tego systemu, Tym samym, w ocenie Zamawiającego, możliwie jest uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę odrębnie dla każdego z etapów inwestycji.

Zamawiający zwraca uwagę, że niemożność uzyskania przez Wykonawcę pozwolenia na budowę, z przyczyn nie leżących po jego stronie, może stanowić przesłankę do zmiany umowy.

W zakresie pkt 3.17 (Tom I PFU) Zamawiający wskazuje, że zgodnie z SIWZ Wykaz Cen, stanowiący część 11.7 jest załącznikiem do Kontraktu i jest wypełniany przez Wykonawcę przed podpisaniem umowy (nie jest składany razem z ofertą). Wykaz cen określa podział Ceny Kontraktowej i nie służy do bezpośredniego określenia zakresu Robót, który jest określany przez dokumentację postępowania Pozycja 3.17 daje wykonawcy możliwość wyszczególnienia na potrzeby rozliczeń dodatkowej pozycji.

### **Pismo przystępującego z dnia 6 listopada 2018 roku**

Przystępujący na odroczonym posiedzeniu Izby w dniu 07 listopada 2018 roku, przedstawił pisemne stanowisko jak poniżej.

Przystępujący poparł stanowisko odwołującego, nazywając zresztą swoje pismo stanowiskiem odwołującego.

Argumentacja przystępującego odnosi się do odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, udzielonej w dniu 29 października 2018 roku oraz złożonymi oświadczeniami i wyjaśnieniami zamawiającego na rozprawie w dniu 30 października 2018 roku (pierwszym posiedzeniu).

Przywołując dokumenty postępowania (specyfikacje istotnych warunków zamówienia – siwz, program funkcjonalno użytkowy – PFU, projekt umowy), wskazał na naruszenie zasady przejrzystości oraz uczciwej konkurencji, przywołując następujące przepisy prawa:

- art.9a ust.1 i ust.2 pzp oraz art.7 ust.1 pzp co do zbyt krótkiego terminu wyznaczonego na składanie i otwarcie ofert a co uniemożliwia rzetelne przygotowanie jak i skalkulowanie oferty

i w konsekwencji utrudnia dostęp do zamówienia oraz ogranicza krąg potencjalnych oferentów.

- art.29 ust.1 i ust.2 pzp w związku z art.15 ust.1 pzp i art.18 ust.1 pzp przez nałożenie na wykonawcę obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę mimo zaniechania w ramach siwz przedstawienia wstępnych uzgodnień potwierdzających możliwość podziału inwestycji na etapy w sposób dokonany przez zamawiającego oraz możliwość uzyskania odrębnych pozwoleń na budowę w podziale inwestycji na etapy dokonane przez zamawiającego, a w szczególności etapu drugiego będącego przedmiotem niniejszego odwołania. Powyższe odwołujący a w jego imieniu przystępujący podnosi w związku z postanowieniami pkt 3.6 i pkt 4 (Tom I) oraz pkt 7.3.5. (Tom II) PFU w związku z przyznaniem zamawiającemu oraz Inżynierowi Kontraktu możliwości wyłączenia części robót w celu uzyskania odrębnego pozwolenia na budowę lub zgłoszenia robót.

- art.29 ust.1 i 2 pzp w zw. z art.36 ust.1 pkt 3 i pkt 16 pzp w zw. z art.139 ust.1 pzp w zw. z

art.353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art.651 k.c. w zw. z art.14.ust.1 pzp przez naruszenie właściwości (natury) przez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w zakresie odnoszącym się do przedmiotu zamówienia w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia prawa podmiotowego.

Powyższe zarzuty odnoszą się do naruszenia art.29 ust.1 i 2 pzp w zakresie obowiązku sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, zaniechanie za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania zamawiającego. Reasumując przywołane naruszenia prawa wynikające z obowiązujących postanowień innych przepisów prawa niż art.29 ust.1 i 2 ustawy pzp a przywołanych powyżej czy to przepisów ustawy pzp czy też k.c. mają udowodnić nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze zarzuty odwołania, w kontekście stanowiska zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie w dniu 30 października 2018 roku, stanowisko odwołującego co do naruszenia prawa w zakresie wymogu uzyskania pozwolenia na budowę odrębnie dla każdego etapu zamówienia ma świadczyć o naruszeniu bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. W tym celu przywołano treść art.33 prawa budowlanego zgodnie z którym pozwolenie na budowę dotyczy całego zamierzenia inwestycyjnego a nie poszczególnych części zamierzenia inwestycyjnego. W przypadku zamierzenia inwestycyjnego obejmującego kilka obiektów,



pozwolenie może dotyczyć poszczególnych obiektów lub zespołu obiektów, jeżeli mogą samodzielnie funkcjonować zgodnie z przeznaczeniem. Z kolei zgodnie z art. 34 ust.3 pkt 1 prawa budowlanego jeżeli pozwolenie na budowę dotyczy wybranych obiektów lub zespołu obiektów, mogących samodzielnie funkcjonować zgodnie z przeznaczeniem, inwestor jest zobowiązany przedstawić plan zagospodarowania działki lub terenu, dla całego zamierzenia budowlanego. W związku z tym, że z przedstawionej dokumentacji postępowania w tym wymagań zamawiającego nie wynika obowiązek opracowania przez poszczególnych wykonawców planu zagospodarowania działki czy też terenu dla całej inwestycji jak i z tych samych dokumentów nie wynika, że zawierają one plan zagospodarowania działki czy też terenu dla całej inwestycji, to tym bardziej przemawia ta okoliczność za bezpodstawnością podziału zamówienia na części (na trzy etapy). Jak to uczynił zamawiający dzieląc inwestycję kolektora wiślanego na trzy etapy, gdzie w związku z etapem II złożono niniejsze odwołanie. Zamawiający dokonując podziału inwestycji na etapy w dokumentach przetargowych w tym opisie przedmiotu zamówienia dla każdego z etapów w tym dla etapu drugiego określił zakres usług projektowych w tym uzgodnień i opracowań dla uzyskania decyzji pozwolenia na budowę w zakresie wyłącznie dotyczącym robót stanowiących przedmiot postępowania przetargowego danego etapu przetargowego (PFU pkt 2.2. zakres prac projektowych str.8).

Przystępujący podnosi, że w żadnym miejscu dokumentacji zamawiającego nie ma regulacji co do opracowania planu zagospodarowania działki czy terenu na którym jest planowana inwestycja. Również z tej dokumentacji nie wynika, że taki plan jest zasobach zamawiającego. W ocenie przystępującego te okoliczności skazują na konieczność realizacji przedmiotowego zadania jakim jest kolektor wiślany w ramach jednego etapu a nie jak to zdecydował zamawiający z podziałem na trzy części. Przystępujący przywołuje szereg stanowisk z orzecznictwa jak i doktryny, które wskazują na obowiązek zamawiającego do określenia sposób precyzyjny i kompletny dokumentacji projektowej w zakresie wymaganym przepisami w tym przypadku programu funkcjonalno – użytkowego oraz warunków kontraktu. Wskazane orzecznictwo i doktryna jednoznacznie nakłada obowiązek na zamawiającego w tym zakresie, a czemu w ocenie przystępującego zamawiający nie sprostał. Ponadto przystępujący krytycznie odnosi się do dokonanych w wielu miejscach kontraktu zmian warunków fidic z powołaniem się tylko na okoliczność, że fidic nie stanowi prawa a co daje kompetencje zamawiającemu co do kształtowania stosunku umownego. Powyższe krytykowane zmiany dotyczą klauzul: 4.12; 2.24; 4.27; 5.1.; 13;8; 20.1 Warunków Szczegółowych Kontraktu.

Przystępujący podsumowując argumentację zawartą w piśmie z dnia 6 listopada 2018 roku wnosi jak odwołujący.

### **Pismo zamawiającego z dnia 7 listopada 2018 roku**

Również zamawiający podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie wyrażając swoją argumentację w związku z posiedzeniem odbytym w dniu 30 października 2018 roku przedstawiając ją jak poniżej a co uczynił w piśmie z dnia 7 listopada 2018 r. .

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko z dnia 29 października 2018 roku wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Zamawiający nie wyraża zgody na przedłużenie terminu składania ofert, tak jak tego oczekuje odwołujący. Zamawiający w dniu 27 października 2018 roku przedłużył termin składania ofert do dnia 13 grudnia 2018 roku. Biorąc pod uwagę, że odwołanie dotyczy etapu drugiego inwestycji, który realizowany będzie w pasie drogowym jak i na terenie zielonym a nie jak podnosił odwołujący na terenie zurbanizowanym, żądanie przedłużenia terminu jest nieuprawnione. Przy czym zamawiający w razie uzasadnionej potrzeby nie wyklucza przedłużenia terminu powyżej 13 grudnia 2018 roku.

Zamawiający zaprzecza twierdzeniem odwołującego na rozprawie co do przebiegu etapu drugiego kolektora wiślanego w terenie sąsiedztwa Zamku Królewskiego co wymusza stały nadzór archeologiczny czy też okoliczność występowania niezainwentaryzowanych sieci oraz urządzeń, a także co do rzekomego przerzucania kosztów usuwania awarii w całości na wykonawcę. Zamawiający ponownie zwraca uwagę na treść subklauzuli 22.5. Warunków Szczególnych Kontraktu Roboty Zamienne, z których jasno wynika przejęcie części ryzyka na zamawiającego związanych z ich wystąpieniem, oceniając taki podział ryzyka jako najbardziej właściwy i zasadny.

Zamawiający nie wyraża również zgody na przedłużenie terminu zgłaszania zastrzeżeń co do błędów i nieprawidłowości w Programie Funkcjonalno – Użytkowym na cały okres sporządzania dokumentacji projektowej to jest do jednego roku od dnia zawarcia umowy. Tak przedłużonego terminu oczekuje odwołujący, powołując się na SIWZ, które przewiduje czas sporządzenia dokumentacji przez okres do jednego roku. Zamawiający uznaje, że wystarczającym terminem jest przedłużony przez niego czas z 14 dni do 60 dni (zmiana SIWZ z dnia 06.11.2018 roku). Jak argumentuje zamawiający dokument ten zawiera tylko 600 stron a wykonawca ma możliwość zapoznawania się z nim już na etapie przygotowania oferty to jest okres ponad 70 dni. Przy uwzględnieniu okoliczności już przedłużonego przez zamawiającego terminu z 14 dni do 60 dni od daty zawarcia umowy mając na uwadze, że FIDIC na te czynności przewiduje 21 dni, zamawiający odmawia uwzględnienia żądania odwołującego.

W zakresie subklauzuli 13.8 WSK „Korekty wynikające ze zmiany kosztu” zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko zgodnie z którym żadne z przepisów pzp poza klauzulą art. 142 ust.5 nie przewidują korekty obowiązku waloryzacji wynagrodzenia. Zamawiający inaczej jak pozostali zamawiający to jest przywoływane: GDDKiA i PKP nie wprowadza do umowy klauzul waloryzacyjnych, ponieważ nie ma podstaw do uznania ich za koszty kwalifikowane na podstawie obowiązujących warunków finansowania ze strony Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska. Koszty z tytułu waloryzacji wynagrodzenia zamawiający musi pokryć ze środków własnych.

W zakresie robót tymczasowych pkt 2.6. Tom I PFU to zamawiający wskazuje, że interpretacja odwołującego co do obowiązującego czasu trwania tych robót jest nieprawidłowa, ponieważ wbrew jego twierdzeniom o obowiązku utrzymania tych robót do zakończenia całej inwestycji jest nieprawidłowa, ponieważ obowiązek wykonawcy kończy się z datą przejęcia. W związku z tym czas utrzymania robót tymczasowych jest znany odwołującemu jako potencjalnemu wykonawcy etapu drugiego inwestycji i nie zależy od czasu zakończenia całej inwestycji to jest trzech przewidzianych etapów. Przez roboty tymczasowe należy rozumieć utrzymanie istniejących kolektorów burzowych oraz utrzymanie ciągłości ich pracy do czasu wydania Świadectwa Przejęcia. Koszt robót tymczasowych wykonawca powinien skalkulować w ramach ceny ofertowej.

W zakresie pkt 3.6 i 4 I Tom PFU oraz pkt 7.3.5. II Tom PFU w kwestii dotyczącej którego etapu wykonawca ma sporządzić plan zagospodarowania działki lub terenu to zamawiający podtrzymuje oświadczenia złożone na rozprawie w dniu 30 października 2018 roku jak i zgodnie z orzecznictwem sądu administracyjnego przywołanego przez odwołującego to właśnie wykonawca etapu II ma sporządzić ten plan i to niezależnie od ilości wydanych pozwoleń w związku z przedmiotową inwestycją. Zamawiający przekaze wykonawcy Protokół z narady koordynacyjnej lub inną formę planu sytuacyjnego pozostałych etapów realizacyjnych, jak również projekty częściowe sporządzone przez wykonawców etapu I i III. Ponadto zamawiający za pośrednictwem inżyniera kontraktu będzie koordynował współpracę wykonawców poszczególnych trzech etapów inwestycji.

Zamawiający podtrzymuje, że w jego ocenie po realizacji odrębnie każdego z trzech etapów inwestycji będzie możliwe dla każdego z etapu odprowadzanie ścieków burzowych do Wisły, co jest zasadniczym elementem funkcjonalnym tego systemu. Tym samym w ocenie zamawiającego możliwe jest także uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę odrębnie dla każdego z etapów inwestycji.

Zamawiający podtrzymując stanowisko dotychczasowe zwraca w szczególności uwagę na treść postanowień Subklauzuli 22.5 Warunków Szczególnych Kontraktu nawiązując do stanowiska odwołującego prezentowanego na rozprawie w dniu 30 października 2018 r. wskazując na niedokładne zaznajomienia się z dokumentacją postępowania przez odwołującego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

Przedmiotowe odwołanie złożone zostało w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zadanie IV.2 Budowa kolektora Wiślanego - etap II (numer referencyjny: 01691/WS/PW/JRP-DNP/B/2018).

Zamówienie ma być realizowane w systemie projektuj i buduj z podziałem zamówienia na trzy etapy.

### **Odwołujący w złożonym odwołaniu sformułował następująco zarzuty**

Zarzut:

Omyłka w oznaczeniu specjalistów, których doświadczenie zawodowe będzie punktowane w ramach kryteriów oceny ofert, między ogłoszeniem o zamówieniu a w instrukcją dla wykonawców

Zarzut naruszenia art. 11 ust. 7 Pzp i art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015, str. 1) poprzez ustalenie w pkt 11.2.14) ogłoszenia (Informacje dodatkowe) i pkt 13.1. pkt 13.1 ppkt 2 i pkt 13.1 ppkt 3 IDW różnych pozacenowych kryteriów oceny ofert, tj. wskazanie w ogłoszeniu jako punktowanego doświadczenia Eksperta nr 2 i Eksperta nr 4, natomiast w IDW jak punktowanego - doświadczenia Eksperta nr 2 i Eksperta nr 6.

Zamawiający uwzględnił powyższy zarzut i dokonał sprostowania rozbieżności pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu a instrukcją dla wykonawców prostując omyłkę w numeracji specjalistów, których doświadczenie zawodowe będzie punktowane w ramach kryteriów oceny ofert. Zarzut ten miał charakter formalny i spowodowany był omyłką zamawiającego przy sporządzaniu dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba w tym zakresie umorzyła postępowanie to jest z racji uwzględnienia zarzutu.

## Zarzut:

Zbyt krótki termin wyznaczony na składanie ofert z uwagi na stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia oraz na fakt, że inwestycja będzie realizowana w systemie wynagrodzenia ryczałtowego w formule projektuj i buduj

Zarzut naruszenia art. 9a ust. 1 i ust. 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz wbrew zasadzie przejrzystości wskutek wyznaczenia terminu składania i otwarcia ofert, który uniemożliwia rzetelne przygotowanie i skalkulowanie ofert, co utrudnia potencjalnym wykonawcom (w tym odwołującemu) dostęp do niniejszego zamówienia i ogranicza krąg potencjalnych oferentów.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano 5 października 2018 roku. Termin składania ofert wyznaczono na dzień 12 listopada 2018 roku. Odwołujący domaga się wyznaczenia terminu składania ofert na dzień 22 stycznia 2019 roku. Zamawiający wskutek częściowego uwzględnienia odwołania przesunął termin składania ofert na dzień 13 grudnia 2018 roku.

Zamawiający odnosząc się do postawionego zarzutu w piśmie z dnia 7 listopada 2018 roku podniósł jak poniżej.

„Zamawiający nie wyraża zgody na przedłużenie terminu składania ofert, tak jak tego oczekuje odwołujący. Zamawiający w dniu 27 października 2018 roku przedłużył termin składania ofert do dnia 13 grudnia 2018 roku. Biorąc pod uwagę, że odwołanie dotyczy etapu drugiego inwestycji, który realizowany będzie w pasie drogowym jak i na terenie zielonym a nie jak podnosił odwołujący na terenie zurbanizowanym, żądanie przedłużenia terminu jest nieuprawnione. Przy czym zamawiający w razie uzasadnionej potrzeby nie wyklucza przedłużenia terminu powyżej 13 grudnia 2018 roku”.

W ocenie Izby odwołujący nie udowodnił dlaczego termin ustalony przez zamawiającego jest zbyt krótki na sporządzenie oferty. Sama okoliczność, że przedmiotem zamówienia jest „projektuj i buduj” nie wynika z powyższego automatycznie ile czasu potrzeba na sporządzenie oferty. Bardziej przekonująca dla Izby okazała się argumentacja zamawiającego o ograniczeniach czasowych w związku z dofinansowaniem inwestycji ze środków Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska (2014-2020) jak i o wyznaczniku jakim jest ilość zadanych pytań zamawiającemu przez wykonawców jak również, że zamawiający nie wyklucza ostatecznie jeszcze kolejnego przedłużenia terminu w przypadku uzasadnionych okoliczności. Ze strony odwołującego na dzień orzekania oprócz ogólnej argumentacji o skomplikowanym przedmiocie zamówienia nie przedstawiono np.: harmonogramu rzeczowo – czasowego czynności do wykonania dla sporządzenia oferty aby wykazać, że termin jest za krótki. Izba

również wzięła pod uwagę, że zamawiający wychodząc naprzeciw żądaniom odwołującego przedłużył termin składania ofert o jeden miesiąc.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut:

Brak w dokumentacji zamawiającego uzgodnienia co do podziału zamówienia na trzy etapy oraz brak planu zagospodarowania działki czy terenu pod inwestycję co uniemożliwia przygotowanie przez wykonawcę dokumentów do uzyskania pozwolenia na budowę

Zarzut art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 i art. 18 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, tj. nałożenie na Wykonawcę obowiązku prawidłowego przygotowania dokumentów wymaganych do uzyskania pozwolenia na budowę mimo zaniechania przedstawienia w ramach SIWZ (a w szczególności Wymaganiach Zamawiającego) wstępnych uzgodnień oraz Projektu zagospodarowania działki lub terenu potwierdzających możliwość podziału inwestycji na etapy w sposób dokonany przez Zamawiającego oraz możliwość uzyskania odrębnych pozwoleń na budowę w odniesieniu do poszczególnych etapów, a w szczególności Etapu II będącego przedmiotem niniejszego postępowania, a także przyznania Zamawiającemu i Inżynierowi w pkt 3.6 i pkt 4 (Tom I) oraz pkt 7.3.5. (Tom II) PFU możliwości wyłączenia części robót w celu uzyskania odrębnego pozwolenia na budowę lub zgłoszenia robót;

Bezspornym faktem jest, że Wykonawca został zobowiązany do wykonania projektu budowlanego, oraz przygotowania kompletu dokumentów wymaganych prawem budowlanym jako załączników do wniosku o wydanie pozwolenia na budowę (inwestycja jest realizowana w systemie zaprojektuj i wybuduj) a następnie projektu wykonawczego.

Zamawiający zdecydował o sposobie realizacji zamówienia dzieląc ją na trzy etapy obejmujące następujące odcinki:

a) od przepompowni Powiśle do burzowca Wenedów (bez komory) o długości około 2 km i średnicy DN800-DN1200 - ETAP I;

b) od komory połączeniowej z burzowcem Wenedów do komory połączeniowej z kolektorem

Bielańskim (z komorami) o długości ok. 5.5 km i średnicy PN 3.20 m - ETAP II (będący przedmiotem niniejszego odwołaniem)

c) od komory połączeniowej z kolektorem Bielańskim do Zakładu „Farysa” wraz z przepompownią o długości 1,2 km i średnicy DN 3,20 m oraz przewodów tłocznych 2xDN1000 o długości około 0,4 km - ETAP III.

Według argumentacji odwołującego taki podział jest nieuprawniony z powodu, że zamawiający nie przedstawił żadnych dokumentów sporządzanych w przypadku etapowania inwestycji, które potwierdzają prawidłowość dokonanego podziału oraz możliwość uzyskania odrębnych decyzji o pozwoleniu na budowę dla każdego z wyodrębnionych etapów. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł możliwość wyłączenia w dowolnym momencie (projektowanie, okres realizacji) dowolnego zakresu robót do odrębnego pozwolenia na budowę lub zgłoszenia robót. Z kolei odwołujący przyznaje w samym odwołaniu, że przepisy prawa budowlanego nakładają właśnie na zamawiającego obowiązek przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. W tym celu przywołuje art. 33 ust. 1 Prawa budowlanego, pozwolenie na budowę dotyczy całego zamierzenia budowlanego. W przypadku zamierzenia budowlanego obejmującego więcej niż jeden obiekt, pozwolenie na budowę może, na wniosek inwestora, dotyczyć wybranych obiektów lub zespołu obiektów, mogących samodzielnie funkcjonować zgodnie z przeznaczeniem. Z kolei jeżeli pozwolenie na budowę dotyczy wybranych obiektów lub zespołu obiektów, inwestor jest obowiązany przedstawić projekt zagospodarowania działki lub terenu, o którym mowa w art. 34 ust. 3 pkt 1. dla całego zamierzenia budowlanego. Dalej odwołujący podnosi, że zamawiający nie przedstawił projektu zagospodarowania działki lub terenu oraz brak w wymaganiach zamawiającego jakichkolwiek informacji potwierdzających prawidłowość etapowania dokonanego przez zamawiającego. Na podstawie przedłożonych przez Zamawiającego danych nie jest również możliwe jednoznaczne ustalenie, czy obiekt planowany do wykonania w ramach Etapu II jest obiektem mogącym samodzielnie funkcjonować zgodnie z przeznaczeniem w rozumieniu art. 33' ust. 1 prawa budowlanego. Reasumując odwołujący podnosi brak zatem w SIWZ danych koniecznych do ustalenia, czy możliwe będzie uzyskanie odrębnego pozwolenia na budowę Etapu II. Z kolei zamawiający w piśmie z dnia 7 listopada 2018 roku odnosząc się do argumentacji odwołującego potwierdza prawidłowe ustalenie wymagań siwz w tym co do podziału inwestycji na trzy etapy oraz co do obowiązku sporządzenia planu zagospodarowania działki lub terenu pod inwestycję oświadczył jak poniżej.

W zakresie pkt 3.6 i 4 I Tom PFU oraz pkt 7.3.5. II Tom PFU w kwestii dotyczącej którego etapu wykonawca ma sporządzić plan zagospodarowania działki lub terenu to zamawiający podtrzymuje oświadczenia złożone na rozprawie w dniu 30 października 2018 roku jak i zgodnie z orzecznictwem sądu administracyjnego przywołanego przez odwołującego to właśnie wykonawca etapu II ma sporządzić ten plan i to niezależnie od ilości wydanych pozwoleń w związku z przedmiotową inwestycją. Zamawiający przekaże wykonawcy Protokół z narady koordynacyjnej lub inną formę planu sytuacyjnego pozostałych etapów realizacyjnych, jak również projekty częściowe sporządzone przez wykonawców etapu I i III. Ponadto zamawiający za pośrednictwem inżyniera kontraktu będzie koordynował współpracę wykonawców poszczególnych trzech etapów inwestycji.

Zamawiający podtrzymuje, że w jego ocenie po realizacji odrębnie każdego z trzech etapów inwestycji będzie możliwe dla każdego z etapów odprowadzanie ścieków burzowych do Wisły, co jest zasadniczym elementem funkcjonalnym tego systemu. Tym samym w ocenie zamawiającego możliwe jest także uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę odrębnie dla każdego z etapów inwestycji.

W ocenie Izby reasumując należy stwierdzić, że co do zasady prawo budowlane przewiduje wydanie pozwolenia na całe zamierzenie budowlane z wyjątkiem gdy zamierzenie obejmuje więcej niż jeden obiekt. W ocenie Izby to zamawiający w ramach przewidzianego zamierzenia inwestycyjnego jest uprawniony do wyodrębnienia obiektów i dokonał tego dzieląc zamówienie na trzy etapy (jak przedstawiono powyżej), bo obowiązuje go uwaga na konkurencyjność postępowania a także na zdolność finansowania inwestycji. Warunkiem podziału według prawa budowlanego jest samodzielność funkcjonowania obiektu zgodnie z przeznaczeniem. Bezspornym w sprawie ustalono, że obowiązkiem wykonawcy etapu drugiego jest zapewnienie urządzeń tymczasowych mających na celu funkcjonowanie instalacji burzowej na czas realizacji etapu drugiego jak również aż do zakończenia całej inwestycji. Z tego należy wywieść, że etap drugi kolektora Wiślanego stanowi obiekt w rozumieniu prawa budowlanego, który może funkcjonować pomimo nie zakończenia etapów I i III ( 2.6. Jakkolwiek środki ( jak tymczasowe przełączenia ,..., przepompowywanie, wykonanie by-pasów.....itp) które okażą się niezbędne podczas realizacji inwestycji, muszą zostać określone przez Wykonawcę i obciążają Wykonawcę w ramach Ceny ofertowej. ...., które będą niezbędne do funkcjonowania burzowców do czasu wykonania całej inwestycji.). Na tym tle powstał spór co do ponoszenia kosztów z tym związanych to jest co do daty ponoszenia kosztów robót tymczasowych przez wykonawcę poszczególnego etapu o czym rozstrzyga Izba poniżej.

W ocenie Izby dokonany opis przedmiotu zamówienia z podziałem na trzy etapy nie stanowi naruszenia art.29 ust.1 pzp również w kontekście art.33 prawa budowlanego w związku z



przewidywanymi trzema pozwoleniami na budowę i opracowaniem planu zagospodarowania terenu lub działki przez wykonawcę etapu II dla całej inwestycji zgodnie z art.33 zdanie drugie prawa budowlanego.

Podniesiony zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. zarzut

Zarzut co do opisania przedmiotu zamówienia w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności umożliwiających wycenę zamówienia jak i ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego jakim jest „projektuj i wybuduj” w sposób naruszający naturę tego zobowiązania a także naruszający równość stron stosunku zobowiązaniowego

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania oraz poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w zakresie odnoszącym się do przedmiotu zamówienia w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego, w zakresie w jakim:

- a) obciąża Wykonawcę w sub. 4.12 i 4.24 WSK odpowiedzialnością oraz kosztami (Kosztom) usunięcia ujawnionych w trakcie realizacji nieprzewidywalnych warunków fizycznych oraz wykopalisk, przedmiotów o wartości historycznej oraz innych przedmiotów interesujących z punktu widzenia geologicznego lub archeologicznego;
- b) nakłada na Wykonawcę w sub. 4.27 WSK obowiązek poniesienia kosztów usunięcia szkód powstałych wskutek ujawnienia się niezidentyfikowanych instalacji oraz kosztami wykonania niemożliwego do określenia na etapie opracowywania oferty zakresu prac, które mogą zostać nakazane przez Inżyniera w związku z ujawnieniem się tych kolizji;
- c) nakłada na Wykonawcę w sub. 5.1 akapit trzeci WSK obowiązek zgłoszenia wszelkich błędów, wad i nieprawidłowości w Wymaganiach Zamawiającego w terminie 14 dni pod rygorem przejścia odpowiedzialności za prawidłowość ww. dokumentacji oraz obowiązkiem poprawienia Wymagań Zamawiającego (PFU) na koszt Wykonawcy, a także obowiązkiem poniesienia kosztów poprawienia robót stosowanie do dokonanych zmian

Wymagań Zamawiającego;

- d) wyłączył w sub. 13.8 WSK możliwość waloryzacji umownej wynagrodzenia Wykonawcy;
- e) nakłada na Wykonawcę w pkt 2.6 (Tom I) PFU (Roboty tymczasowe) obowiązek uwzględnienia w Cenie Ofertowej wykonania rozwiązań tymczasowych, które będą niezbędne do funkcjonowania burzowców do czasu wykonania całej inwestycji;
- f) nakłada na Wykonawcę w pkt 3.5 (Tom I) oraz pkt 4.11 PFU (Tom II) obowiązek ujęcia w ramach Ceny Ofertowej kolizji niezidentyfikowanych w PFU;
- g) przenosi na Wykonawcę w pkt 3.7 PFU (Tom I) odpowiedzialność za niemożliwe do zidentyfikowania na etapie opracowywania oferty warunki podpowierzchniowe oraz warunki hydrologiczne oraz nakazuje ujęcie w Cenie Ofertowej możliwych odstępstw od ww. warunków określonych w PFU;
- h) nakłada na Wykonawcę w pkt 3.7 PFU (Tom I) obowiązek zapoznania się z aktualnymi danymi dotyczącymi inwestycji prowadzonych i planowanych w rejonie budowy kolektora Wiślanego;
- i) nakłada na Wykonawcę w pkt 3.7 PFU (Tom I) obowiązek zapoznania się z aktualnymi danymi dotyczącymi przepływów charakterystycznych;
- j) nakłada na Wykonawcę w pkt 3.7 PFU (Tom I) obowiązek zapoznania się z uwarunkowaniami wynikającymi z realizacji inwestycji w terenie miejskim;
- k) nakłada na Wykonawcę w poz. 3.17 Części II.7 Wykazu cen obowiązek wskazania pozostałych kosztów zgodnie z SIWZ nieujętych w pozostałych pozycjach w podziale na pozycje kosztowe;

W taki sposób przedstawione zarzuty odwołania wymagają dokonania ich podziału z uwagi na ich różnorodność co do ich rodzaju.

### Zarzut

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że zarzut opisany w lit. k o treści nakłada na Wykonawcę w poz. 3.17 Części II.7 Wykazu cen obowiązek wskazania pozostałych kosztów zgodnie z SIWZ nieujętych w pozostałych pozycjach w podziale na pozycje kosztowe został cofnięty na rozprawie przez odwołującego po złożonym wyjaśnieniu zamawiającego, który oświadczył, że zgodnie z SIWZ Wykaz cen jest dokumentem składanym przez wykonawcę na etapie zawarcia umowy. W związku z powyższym w tym zakresie Izba umorzyła postępowanie, ponieważ odwołujący na rozprawie cofnął zarzut.

Co do pozostałych zarzutów rozpoznanych merytorycznie Izba rozstrzygnęła jak poniżej.

zarzut

Zarzut przejęcia odpowiedzialności przez wykonawcę za wszystkie błędy, wady i nieprawidłowości w wymaganiach zamawiającego w tym Programie Funkcjonalno – Użytkowym w sytuacji ich nie zgłoszenia w terminie 14 dni od daty ich przejęcia. nakłada na Wykonawcę w sub. 5.1 akapit trzeci WSK obowiązek zgłoszenia wszelkich błędów, wad i nieprawidłowości w Wymaganiach Zamawiającego w terminie 14 dni pod rygorem przejęcia odpowiedzialności za prawidłowość ww. dokumentacji oraz obowiązkiem poprawienia Wymagań Zamawiającego (PFU) na koszt Wykonawcy, a także obowiązkiem poniesienia kosztów poprawienia robót stosowanie do dokonanych zmian Wymagań Zamawiającego;

Jak zamawiający oświadczył na rozprawie dokumentacja obejmuje około 600 stron i w jego ocenie jest to dokument z którym można zapoznać się w terminie pierwotnie wyznaczonym jako 14 dni zwłaszcza przedłużonym wskutek wniesienia odwołania do 60 dni od daty przejęcia dokumentacji. Tym bardziej, że wykonawcy z dokumentacją mają prawo a wręcz konieczność zapoznania się w związku ze składaniem oferty. W ocenie zamawiającego ostatecznie z jego strony wyznaczony termin 60 dni od daty zawarcia umowy jest terminem wystarczającym na przeniesienie odpowiedzialności za merytoryczną treść przejętej od zamawiającego dokumentacji. Stanowiska zamawiającego nie podzielił odwołujący tak jak również Izba wydłużając termin na cały okres sporządzania dokumentacji służącej do złożenia wniosku o wydanie pozwolenia na budowę czyli na czas sporządzania dokumentacji projektowej co oznacza w przedmiotowej sprawie okres nawet do 1 roku. Formuła subklauzuli 5.1. akapit trzeci Warunków Szczególnych Kontraktu (WSK) przewiduje obowiązek zgłoszenia wszelkich błędów, wad i nieprawidłowości w Wymaganiach Zamawiającego pod rygorem przejęcia odpowiedzialności za prawidłowość dokumentacji oraz z obowiązkiem jej poprawienia na koszt wykonawcy a nawet obowiązkiem poniesienia kosztów poprawienia robót stosownie do dokonanych zmian w wymaganiach zamawiającego. W ocenie Izby skoro wykonawca, w systemie „projektuj i buduj”, sporządza i odpowiada za wszelką dokumentację w tym dokumentację projektową wymaganą do wniosku o wydanie pozwolenia na budowę, to nie oznacza, że ponosi również odpowiedzialność za dokumentację w etapie przedprojektowym, którą przygotował zamawiający lub inny wykonawca na zlecenie zamawiającego. Skoro proces projektowania w tym przygotowanie dokumentów wymaganych do wniosku o wydanie pozwolenia na budowę jest przedmiotem niniejszego zamówienia to nieuprawnionym w ocenie Izby jest obarczanie odpowiedzialnością wykonawcy w związku z przejęciem dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego. Skutki przejęcia dokumentacji od zamawiającego mają

charakter formalny i prawny a nie merytoryczny, ponieważ etap zbierania i przygotowania dokumentów i informacji do procesu projektowania ma na celu ewentualne wykrycie i usunięcie wad, nieścisłości czy też nieprawidłowości w przekazanej dokumentacji.

Wykonawca może co najwyżej odpowiadać za brak kompletności dokumentacji zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa. Dopiero w oparciu o projekt budowlany stanowiący podstawę wydania pozwolenia na budowę i projekt wykonawczy, wykonawca ponosi odpowiedzialność w stosunku do zamawiającego za błędy, wady i nieprawidłowości włącznie z odpowiedzialnością finansową jak i techniczną za opracowaną i przyjętą do realizacji dokumentację budowlaną. Reasumując w ocenie Izby z chwilą przystąpienia do realizacji czyli budowy wykonawca budowy w oparciu o przygotowaną przez siebie dokumentację projektową ponosi odpowiedzialność za jej błędy. Tym samym Izba uwzględniła zarzut odwołującego i nakazała zamawiającemu zmianę terminu od którego wykonawca ponosi odpowiedzialność zgodnie z sub. 5.1 akapit trzeci WSK. To jest za brak zgłoszenia wszelkich błędów, wad i nieprawidłowości w Wymaganiach Zamawiającego pod rygorem przejścia odpowiedzialności za prawidłowość ww. dokumentacji oraz obowiązkiem poprawienia Wymagań Zamawiającego (PFU) na koszt Wykonawcy, a także obowiązkiem poniesienia kosztów poprawienia robót stosowanie do dokonanych zmian Wymagań Zamawiającego z upływem 14 dni a po zmianie zamawiającego po upływie 60 dni, na termin odpowiadający okresowi opracowywania dokumentacji projektowej.

Zarzut zostaje uwzględniony.

Kolejne zarzuty odnoszące się do:

- a) obciąża Wykonawcę w sub. 4.12 i 4.24 WSK odpowiedzialnością oraz kosztami (Koszt) usunięcia ujawnionych w trakcie realizacji nieprzewidywalnych warunków fizycznych oraz wykopalisk, przedmiotów o wartości historycznej oraz innych przedmiotów interesujących z punktu widzenia geologicznego lub archeologicznego;
- b) nakłada na Wykonawcę w sub. 4.27 WSK obowiązek poniesienia kosztów usunięcia szkód powstałych wskutek ujawnienia się niezidentyfikowanych instalacji oraz kosztami wykonania niemożliwego do określenia na etapie opracowywania oferty zakresu prac, które mogą zostać nakazane przez Inżyniera w związku z ujawnieniem się tych kolizji;
- c) wyłączył w sub. 13.8 WSK możliwość waloryzacji umownej wynagrodzenia Wykonawcy;
- d) nakłada na Wykonawcę w pkt 3.5 (Tom I) oraz pkt 4.11 PFU (Tom II) obowiązek ujęcia w ramach Ceny Ofertowej kolizji niezidentyfikowanych w PFU;

- e) przenosi na Wykonawcę w pkt 3.7 PFU (Tom I) odpowiedzialność za niemożliwe do zidentyfikowania na etapie opracowywania oferty warunki podpowierzchniowe oraz warunki hydrologiczne oraz nakazuje ujęcie w Cenie Ofertowej możliwych odstępstw od ww. warunków określonych w PFU;
- f) nakłada na Wykonawcę w pkt 3.7 PFU (Tom I) obowiązek zapoznania się z aktualnymi danymi dotyczącymi inwestycji prowadzonych i planowanych w rejonie budowy kolektora Wiślanego;
- g) nakłada na Wykonawcę w pkt 3.7 PFU (Tom I) obowiązek zapoznania się z aktualnymi danymi dotyczącymi przepływów charakterystycznych;
- h) nakłada na Wykonawcę w pkt 3.7 PFU (Tom I) obowiązek zapoznania się z uwarunkowaniami wynikającymi z realizacji inwestycji w terenie miejskim;

Powyższe zarzuty Izba nie uwzględnia, ponieważ co do klauzul zawartych w pkt.4.12 oraz 4.24 krytyka sprowadza się do skreślenia w tych klauzulach pkt b), który w przypadku ujawnienia się nieprzewidywalnych warunków fizycznych oraz wykopalisk, przedmiotów o wartości historycznej oraz innych przedmiotów interesujących z punktu widzenia geologicznego lub archeologicznego jak również ujawnienia się niezidentyfikowanych instalacji wykonawcy przysługuje roszczenie w stosunku do zamawiającego do „płatności za jakikolwiek taki koszt, która to płatność będzie włączona do ceny kontraktowej” ale z uwzględnieniem niemniej klauzuli 20.1 Roszczenia Wykonawcy (Roszczenia, spory i arbitraż). Jak w toku postępowania odwoławczego wyjaśniał zamawiający postanowienia WSK nie ograniczają co do zasady wykonawcy w dochodzeniu roszczeń od zamawiającego. Niemniej zamawiający skreślił pkt (b ale zawarł również dodatkowe postanowienia na powyższe okoliczności regulując procedurę ich odzyskania a co uczynił w szczególności w klauzuli 22.5. WSK pn. Zamawiający przewiduje w szczególności możliwość dokonania zmian postanowień zawartego Kontraktu na następujących warunkach dokonania zmian 1. Zmiana terminu realizacji kontraktu (regulacja mieszcząca się w podanych okolicznościach w odwołaniu – wykopaliska, niezinventaryzowane sieci i urządzenia, warunki powierzchniowe itd. Jak w

2. Zastosowanie rozwiązań zamiennych w tym zmiana technologii wykonywania robót, zmiana sposobu wykonywania robót, zmiana parametrów technicznych, zmiana materiałów lub urządzeń, zmiana wielkości; 3. Zmniejszenie zakresu przedmiotu kontraktu. 4 Zmiana stawki podatku VAT – przy czym zmianie ulegnie wyłącznie wysokość podatku VAT oraz wynagrodzenia brutto 5. Zmiany kontraktu wprowadzone przez ustawę w przypadku umów zawartych na czas dłuższy niż 12 miesięcy – zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom

zdrowotnym lub społecznym. Zasadniczym argumentem odwołującego przeciw przyjęciu za obowiązujące postanowienia była klauzula w warunkach ustalonych przez zamawiającego o treści „jeżeli wyżej wymienione zmiany są zasadne z punktu widzenia prawidłowej realizacji Kontraktu lub uzasadnionego interesu Zamawiającego”. Oprócz klauzuli 22.5. Możliwość dokonania zmian postanowień zawartego Kontraktu również klauzula 13. Zmiany i Korekty przewiduje 13.Prawo do zmian z zastrzeżeniem, że wszelkie zmiany dokonane na podstawie klauzuli 13 muszą uwzględniać konieczność stosowania przez zamawiającego właściwych przepisów prawa, w tym ustawy prawo zamówień publicznych, kodeksu cywilnego oraz przepisów wewnętrznych MPWiK i wytycznymi do realizacji projektów w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014 - 2020 w szczególności co do dopuszczalności zmiany umowy o zamówienie publiczne oraz trybów udzielania zamówień. Właśnie klauzula 13. Zmiany i Korekty określa w 13.3. Procedurę wprowadzania zmian; w klauzuli 13.8 Korekty uwzględniające zmiany Kosztu zawiera postanowienie” Klauzulę 13.8. Korekty wynikające ze zmiany kosztu skreśla się jako nie mającą zastosowania w niniejszych warunkach przy czym wprowadza się nowa klauzulę 13.9 Roboty dodatkowe o treści w nie zawartej w tym pod tytułem 13.9 Dodatkowe dostawy, usługi, Roboty budowlane; 13.10 Roboty podobne.

W ocenie Izby zamawiający zresztą co potwierdził na rozprawie do protokołu nie przerzuca ryzyka niezidentyfikowanych sieci, urządzeń, warunków fizycznych powierzchni czy też wykopalisk na ryzyko wykonawcy. Niemniej uregulowania WSK nie dają żadnej ze stron stosunku zobowiązaniowego prawa arbitralnego decydowania bo w myśl postanowień WSK „strony ustalają możliwość prowadzenia negocjacji w ramach wybranych przez zamawiającego podstaw w celu ustalenia stawek, jakie zostaną przyjęte dla ewentualnie zleconych robót nie ujętych w kontrakcie” zresztą je wymieniając np. przy robotach podobnych ( klauzula 13.10 Roboty podobne).

W ocenie Izby reasumując okoliczność niemożliwego do określenia na etapie opracowywania oferty zakresu prac, które mogą zostać nakazane przez Inżyniera w związku z ujawnieniem się tych kolizji, nie oznacza braku udziału zamawiającego w pokryciu tych kosztów, o czym świadczą przywołane powyżej postanowienia Warunków Szczególnych Kontraktu. Jak również powyższe stwierdzenie Izby odnosi się nieudowodnionego przez odwołującego zarzutu co do braku warunków waloryzacji wynagrodzenia w związku ze zmianą vat, wynagrodzenia minimalnego, czy też zasad ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego.

W związku z powyższym powyższe zarzuty Izba nie uwzględnia nie stwierdzając naruszenia art.29 ust.1 i 2 czy też kolejno wymienionych w zarzutach przepisów k.c. aż do art.7 ust.1 pzp.

Izba również nie uwzględnia zarzutów co do : zarzut nakłada na Wykonawcę w pkt 3.7 PFU (Tom I) obowiązek zapoznania się z aktualnymi danymi dotyczącymi inwestycji prowadzonych i planowanych w rejonie budowy kolektora Wiślanego;

nakłada na Wykonawcę w pkt 3.7 PFU (Tom I) obowiązek zapoznania się z aktualnymi danymi dotyczącymi przepływów charakterystycznych;

nakłada na Wykonawcę w pkt 3.7 PFU (Tom I) obowiązek zapoznania się z uwarunkowaniami wynikających z realizacji inwestycji w terenie miejskim, uznając powyższe czynności odwołującego jako obowiązek profesjonalnego wykonawcy składającego ofertę a jak wykazał na rozprawie zamawiający dane o przepływach są załącznikiem do PFU a zamawiający również oświadczył do protokołu, że przekaze wykonawcy protokół z narad koordynacyjnych dawniej zwany Zespołem Uzgadniania Dokumentacji (ZUD). Zresztą sam odwołujący nie zakwestionował obowiązku wizji lokalnej a co nakazał zamawiający. Co do zasady odwołujący jako profesjonalista z pewnością czerpie z racji staranności zawodowej informacje do sporządzenia oferty nie tylko z dokumentacji przekazanej przez zamawiającego. Natomiast Izba nie stwierdza uchybień w dokumentacji posługując się w tym zakresie z obowiązującymi przepisami prawa nie stwierdzając naruszenia w związku z kolejnym zarzutem sprowadzonym do §15 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2.09.2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (tj.2013.1129) poprzez zaniechanie sporządzenia PFU w sposób umożliwiający Ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowanie oferty.

### Zarzut

Co do kolejnego zarzutu odwołującego co do obowiązku nieuprawnionego a uniemożliwiającego sporządzenie kalkulacji wynagrodzenia w związku z podziałem zamówienia na trzy etapy to jest nałożenia na Wykonawcę w pkt 2.6 (Tom I) PFU (Roboty tymczasowe) obowiązku uwzględnienia w Cenie Ofertowej wykonania rozwiązań tymczasowych, które będą niezbędne do funkcjonowania burzowców do czasu wykonania całej inwestycji.

Powyższy zarzut odwołującego wynika z niezrozumienia postanowień SIWZ co do czasu utrzymania robót tymczasowych. Jak do protokołu na rozprawie pełnomocnik zamawiającego

wyjaśnił, koszt utrzymania burzowców dotyczy wykonawcy do daty wystawienia świadectwa przejęcia a nie do daty przekazania kolektora do użytkowania. Również zamawiający w piśmie z dnia 7 listopada 2018 roku odniósł się do tej kwestii w następujący sposób.

W zakresie robót tymczasowych pkt 2.6. Tom I PFU to zamawiający wskazuje, że interpretacja odwołującego co do obowiązującego czasu trwania tych robót jest nieprawidłowa, ponieważ wbrew jego twierdzeniom o obowiązku utrzymania tych robót do zakończenia całej inwestycji jest nieprawidłowa, ponieważ obowiązek wykonawcy kończy się z datą przejęcia. W związku z tym czas utrzymania robót tymczasowych jest znany odwołującemu jako potencjalnemu wykonawcy etapu drugiego inwestycji i nie zależy od czasu zakończenia całej inwestycji to jest trzech przewidzianych etapów. Przez roboty tymczasowe należy rozumieć utrzymanie istniejących kolektorów burzowych oraz utrzymanie ciągłości ich pracy do czasu wydania Świadectwa Przejęcia. Koszt robót tymczasowych wykonawca powinien skalkulować w ramach ceny ofertowej.

Zarzut nie został uwzględniony.

Reasumując powyższe rozstrzygnięcia co do poszczególnych zarzutów odwołanie zasługuje na uwzględnienie w myśl art.192 ust.2 ustawy pzp .

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego kwotę 20.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis przez odwołującego.

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....